This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 5, 1900.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET Cᵉ, RUE RACINE, 26.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Président du Sénat,
Premier président de la Cour de cassation.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Conseiller
à la Cour de cassation.

Anciens Directeurs de la Revue critique et de la Revue de législation;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

L. DE VALROGER
Professeur d'histoire du droit
à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat
à la Cour impériale de Paris.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Rouland, gouverneur de la Banque de France; **Delangle**, premier vice-président du Sénat; **de Royer**, premier président de la Cour des comptes; **Giraud**, inspecteur général des Facultés de droit; **Ortolan**, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Demolombe**, doyen de la Faculté de droit de Caen; **Molinier**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; **Dufour**, **Mimerel**, avocats à la Cour de cassation; **Ducrocq**, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, etc.

TOME XXVI. — 15me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

24, rue Soufflot, 24.

1865

Digitized by Google

Rec. Mar. 5, 1900.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière commerciale.

Par M. Rataud, professeur de Code de commerce à la Faculté de droit de Paris.

I. — Sociétés anonymes étrangères.

(Cassat., 14 novembre 1864; *Gazette des tribunaux* du 10 décembre.)

Jusqu'en 1857, la jurisprudence admettait que les sociétés anonymes étrangères pouvaient ester en justice en vertu des articles 14 et 15 du Code Napoléon. L'opinion opposée fut admise, en 1849, par la Cour de cassation de Belgique, dans une affaire concernant une société française. Ce fut pour remédier à cette situation que fut rendue la loi belge du 14 mars 1855, par suite d'une convention diplomatique annexée au traité du 24 février 1854. Par cette loi les sociétés françaises étaient reconnues en Belgique, sous la condition de réciprocité. La jurisprudence bien connue des tribunaux français satisfaisait-elle à cette condition? On l'avait cru d'abord; mais cette interprétation fut repoussée en Belgique, par le motif que toute jurisprudence est exposée à des variations. Telle fut l'origine de notre loi du 30 mai 1857, dont l'article 1er reconnaît l'existence juridique des sociétés belges, et dont l'article 2 décide que les sociétés de tout autre pays pourront désormais être

Digitized by Google

reconnues en masse par un règlement d'administration publique[1].

Quelle est, en France, la situation des sociétés appartenant à un pays au profit duquel cette reconnaissance générale n'est pas intervenue? Ont-elles ou non besoin de se pourvoir d'un décret spécial d'autorisation, aux termes de l'article 37 du Code de commerce? La loi de 1857 a occasionné sur ce point un changement de jurisprudence. On a pensé qu'elle avait implicitement désapprouvé le système suivi auparavant par nos tribunaux; car, a-t-on dit, si les principes généraux suffisent pour reconnaître la personnalité des sociétés étrangères, le décret réglementaire autorisé par la loi de 1857 ne ferait que donner à ces sociétés ce qu'elles auraient déjà et serait dès lors inutile (Orléans, 19 mai 1860; Dev., 60, 1, 866). Cette raison n'est pas décisive. Ainsi que l'a dit la Cour de cassation dans son arrêt du 14 novembre 1864, la loi de 1857 a voulu seulement fournir au gouvernement français un moyen d'obtenir plus facilement des gouvernements étrangers pour les sociétés françaises le droit de contracter sur leurs territoires et d'y ester en justice, en l'autorisant à accorder administrativement en France le même droit aux compagnies étrangères. Mais, cette raison écartée, on peut néanmoins soutenir que les sociétés étrangères ont besoin d'être autorisées par le gouvernement français, soit parce que la loi étrangère à laquelle elles doivent leur existence, n'a point d'autorité en France, soit parce que la nécessité de l'autorisation résulte d'une loi de police, à laquelle tout étranger est soumis (Cass., req. rej., 1er août 1860; Devill., 60, 1, 865).

Cette doctrine une fois admise, il restait à déterminer la situation des sociétés non autorisées. Il était évident qu'elles ne pouvaient être admises à ester en justice comme demanderesses, et c'est ce que reconnaît l'arrêt précité de 1860.

[1] La convention intervenue avec la Belgique ne stipulait pas directement la reconnaissance des sociétés belges. Cette stipulation aurait pu être faite très-valablement, sans l'intervention du pouvoir législatif ou du Conseil d'État, et antérieurement à la loi de 1857, en vertu du pouvoir que l'article 6 de la constitution du 14 janvier 1852 confère à l'empereur de conclure des traités. C'est ainsi que les sociétés anglaises furent reconnues par le traité du 30 avril 1862, et c'est à tort qu'on a pensé que ce traité aurait dû être suivi d'un décret réglementaire en vertu de la loi de 1857 (Cass., 19 mai 1863; Devill., 63, 1, 353).

Digitized by Google

Mais devaient-elles être aussi soustraites à la juridiction française lorsqu'elles étaient appelées à répondre envers des Français des obligations par elles contractées? De ce qu'elles ne peuvent invoquer à leur profit l'article 15 du Code Napoléon, résulte-t-il que le Français ne saurait invoquer contre elles l'article 14 du même Code? Faut-il au contraire distinguer, suivant qu'il s'agit d'appliquer l'un ou l'autre de ces deux articles? Quelques Cours avaient d'abord reculé devant cette distinction, mais la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 mai 1863 (Dev., 63, 1, 353) et dans son arrêt du 14 novembre 1864, a décidé que ces sociétés devaient être considérées comme des sociétés *de fait*, et qu'à ce titre elles pouvaient être poursuivies devant les tribunaux français en vertu de l'article 14 du Code Napoléon. Il faut reconnaître, en effet, que la décision contraire aboutirait à un véritable déni de justice au détriment du Français créancier. Il serait forcé de se pourvoir devant une juridiction étrangère, et alors même qu'il obtiendrait ainsi une décision favorable, la même raison qui s'opposait à ce que la société fût appelée en justice en France, s'opposerait aussi à ce que la décision étrangère y fût rendue exécutoire contre elle.

II. — Société. Dividendes. Prélèvement d'intérêts.

(Trib. de comm. de Nantes, 4 juin 1864; *Gaz. des trib.* des 17 et 18 octobre.)

Un usage fort répandu dans les sociétés par actions consiste à distinguer dans les répartitions faites entre les actionnaires, souvent tous les six mois, l'intérêt à un certain taux de leur mise sociale et les dividendes, c'est-à-dire les sommes réparties en sus de ces intérêts. Tantôt l'intérêt est payé en entier à la fin du premier semestre de l'exercice annuel et le dividende à la fin du semestre suivant, tantôt l'intérêt est divisé exactement entre les deux semestres, et les dividendes sont payés, ou bien en totalité à la fin du deuxième semestre, ou bien par à-compte pour le premier semestre et pour solde à la fin du second.

Cette manière de procéder est fort utile à plusieurs points de vue. D'abord, lorsque la société est prospère, elle permet aux actionnaires de compter à peu près sûrement et à certaines époques fixes sur une somme déterminée; puis il y a des ac-

Digitized by Google

tionnaires qui ont droit à la répartition des dividendes et non à celles des intérêts. Tels sont ceux qui, au moyen de l'amortissement, ont obtenu le remboursement du capital nominal de leurs actions et dont le titre est remplacé par une action dite *de jouissance*, donnant droit seulement à une part dans les dividendes proprement dits. Tels encore ceux qui possèdent des actions industrielles, c'est-à-dire qui n'ont apporté à la société que leur industrie, lorsque cette industrie n'a pas été évaluée en capital. A l'inverse, certains actionnaires peuvent n'avoir droit, pendant un certain temps, qu'à une distribution d'intérêts. Ceci arrive lorsqu'une compagnie en pleine prospérité émet des actions nouvelles. Les nouveaux actionnaires subissent des conditions plus dures que celles imposéee aux anciens qui ont couru les chances toujours si graves des débuts de l'entreprise. Il est alors quelquefois stipulé que, pendant un certain nombre d'années, les actions nouvelles ne donneront droit qu'aux intérêts à tant pour cent du capital versé.

Aucune difficulté ne peut s'élever lorsque ces intérêts sont prélevés sur les *bénéfices* de la société. C'est une manière commode de procéder à la répartition de ces bénéfices, et personne ne peut s'en plaindre.

Mais peut-on distinguer l'intérêt du dividende en ce sens qu'il serait licite de procéder à des répartitions d'intérêts en l'absence de bénéfices ou même alors que la société aurait subi des pertes, lorsque les statuts sociaux le décident expressément et que cette clause a été régulièrement publiée?

C'est là une des questions les plus épineuses de la matière des sociétés; la jurisprudence et la doctrine sont loin d'être fixées sur la solution à donner. Les uns repoussent, les autres admettent la validité de cette clause, tandis qu'une troisième opinion la déclare licite entre les associés, mais ne permet pas de l'opposer aux créanciers, lesquels pourraient, en cas d'insuffisance du fonds social, exiger des actionnaires la restitution des intérêts ainsi distribués en l'absence de bénéfices. C'est en ce dernier sens que s'est prononcé le tribunal de commerce de Nantes dans son jugement précité du 4 juin 1864, ainsi que dans un jugement précédent du 14 février 1863 (Devill., 64, 2, 63).

Quant à moi, je serais porté à admettre la validité de cette convention. Il y a certaines entreprises dont la fondation de-

Digitized by Google

viendrait impossible dans l'opinion opposée. Ce sont elles qui, avant de se livrer à une exploitation productive, doivent procéder à des travaux considérables, soit de construction, soit de terrassement (construction d'un canal, d'un chemin de fer.....).

Pour défendre cette manière de voir, on a raisonné de différentes manières.

On a dit que cette clause équivaut à la convention que le capital social ne serait pas le capital effectif, que la mise consisterait, non dans la somme versée, mais dans ce qui resterait après les intérêts payés. J'éprouve quelque scrupule à admettre ce raisonnement dans les sociétés en commandite par actions et à responsabilité limitée. Les lois des 17 juillet 1856 et 23 mai 1863 veulent en effet que le capital social soit souscrit en entier, qu'un quart soit versé, avant le commencement des opérations de la société. Cette prescription suppose que le capital doit être exactement déterminé à cette époque, et le raisonnement proposé tendrait à le transformer en un capital flottant et incertain. J'aimerais mieux raisonner de la manière suivante. Les bénéfices réels, nets, d'une entreprise se composent de la différence qui existe entre le produit brut et le prix de revient. Dans ce prix, il faut comprendre tous les frais de l'entreprise, parmi lesquels on doit faire figurer, non-seulement les salaires des ouvriers, l'achat des matières premières, etc., etc....., mais encore le loyer des capitaux engagés (Courcelle-Seneuil, *Manuel des entreprises*, p. 211, 214 et suiv.). C'est la même idée qu'exprimait, en l'appliquant à la solution de notre question, le tribunal de commerce du Havre, lorsqu'il disait, dans un jugement du 10 janvier 1860 (Devill., 63, 1, 139) : « Que des intérêts stipulés par l'acte social en faveur des capi- « taux versés par les commanditaires ne soient pas sujets à « rapport (bien que des arrêts aient décidé le contraire), on le « comprend cependant. Pourquoi? Parce que l'intérêt, qui n'est « que le loyer du capital, constitue dans ce cas une dette à la « charge de la société, et à laquelle celle-ci doit satisfaire tant « qu'elle peut payer. » — Supposons encore qu'une action, par exemple de 500 francs, ne rapporte au bout de l'an que l'intérêt à 1 ou 2 p. 100 du capital, que la valeur de cette action baisse par suite bien au-dessous du capital nominal, l'actionnaire dira-t-il qu'il a gagné? Non. Tant que le bénéfice n'atteindra

Digitized by Google

pas l'intérêt que pourrait rapporter un placement entouré de sûretés ordinaires, il dira qu'il a perdu, et, en parlant ainsi, il ne fera qu'exprimer en langue vulgaire l'idée que je viens de développer.

Que conclure de là? que *bénéfices* et *intérêts* ne sont pas la même chose, que, par suite, on ne saurait assimiler une distribution d'intérêts, même en l'absence de gains, à une distribution frauduleuse de dividendes.

Est-ce à dire que, confondant deux qualités incompatibles, nous transformions ainsi l'associé en un prêteur de deniers? Je ne le pense pas. En effet, que la société tombe en faillite, et l'actionnaire perdra sa mise. Même dans mon opinion, il ne pourra concourir avec les créanciers sociaux pour s'en faire restituer une partie. C'est en ceci que consiste la chance qu'il court, sa qualité d'associé, et cette chance explique les bénéfices qu'il percevra légitimement si la société prospère.

La Cour de cassation ne s'est jamais prononcée bien explicitement sur cette grave question, mais je considère cependant comme favorables à mon opinion les arrêts qu'elle a rendus les 25 novembre 1861 (Devill., 62, 1, 190) et 5 août 1862 (Devill., 63, 1, 142 et 143).

Peut-être serait-il convenable de faire quelques distinctions. Ainsi l'on pourrait permettre la stipulation d'un prélèvement d'intérêts seulement tant que dureraient les travaux qui préparent l'exploitation de la société, ou, mieux encore, on pourrait décider que cette stipulation ne recevrait son exécution qu'à la condition que l'actif social net ne serait pas tombé au-dessous d'une certaine limite. Mais ce sont des distinctions qui sortent tout à fait du domaine de l'interprétation, et que le législateur seul pourrait prescrire.

III. — Sociétés en commandite par actions et a responsabilité limitée. Étendue de la responsabilité des membres des conseils de surveillance et des commissaires.

(Poitiers, 20 août 1859; Devill., 60, 2, 209. — Douai, 29 juin 1861; Devill., 61, 2, 547. — Cassat., 12 avril 1864; Devill., 64, 1, 169. — Lyon, 8 juin 1864; *Gaz. des trib.* du 9 octobre 1864.)

Antérieurement à la loi du 17 juillet 1856 sur les commandites par actions, l'institution des conseils de surveillance au-

Digitized by Google

près de ces sociétés était facultative. Lorsqu'un conseil était institué, les membres de ce conseil encouraient la responsabilité ordinaire qui incombe à des mandataires vis-à-vis de leurs mandants. Ils répondaient, non-seulement de leur dol, mais encore de leur négligence, conformément à l'article 1992 du Code Napoléon. Cette responsabilité, purement conventionnelle, n'existait qu'à l'égard des actionnaires, leurs mandants, et n'aurait pu être invoquée par d'autres. La convention qui la créait pouvait aussi la restreindre. On convenait même quelquefois qu'aucune responsabilité ne serait encourue.

La loi de 1856 a rendu obligatoire la nomination d'un conseil de surveillance, et elle a, de plus, indiqué trois cas dans lesquels les membres de ce conseil seraient responsables : 1° défaut de vérification de l'existence des conditions prescrites pour la formation de la société (art. 7); 2° inexactitudes graves dans les inventaires, tolérées par eux *sciemment* (art. 10-1°); 3° distribution qu'ils auraient laissé faire *en connaissance de cause* de dividendes non justifiés par des inventaires sincères et réguliers (art. 10-2°).

Suivant moi, la responsabilité encourue dans ces trois cas a un tout autre caractère que la responsabilité conventionnelle qui les atteignait auparavant. C'est une *responsabilité civile*, de la nature de celle indiquée par l'article 1384 du Code Napoléon. C'est ce que la Cour de cassation a jugé deux fois (Devill., 59, 1, 353; — *id.*, 62, 1, 625). Elle ne pourrait être ni supprimée ni atténuée par une convention entre les actionnaires et les membres du conseil, et elle est encourue envers tous ceux qui souffrent de la faute commise, c'est-à-dire non-seulement envers les actionnaires, mais encore envers les créanciers de la société, et même envers le Trésor pour les frais des poursuites correctionnelles intentées contre le gérant à raison de faits dont le conseil de surveillance est constitué responsable (art. 13-3°, et 194 C. instr. crim.).

Si d'une part on s'est élevé contre cette responsabilité en déclarant qu'elle écarterait des conseils les hommes capables et honorables, d'un autre côté et à bon droit suivant moi, on l'a trouvée bien restreinte. En effet, dans les deux cas prévus par l'article 10, la responsabilité n'est encourue qu'autant que le conseil a laissé faire *sciemment, en connaissance de cause;* il paraît en résulter que la négligence n'est pas atteinte par la loi,

Digitized by Google

et il a été déclaré en effet, au Corps législatif, que l'on n'avait voulu punir que le dol, la mauvaise foi. Enfin supposez que le gérant ait ouvert des crédits excessifs à des personnes peu solvables, se soit livré à des jeux de bourse, etc....., que le conseil de surveillance ait pu très-facilement le savoir, qu'il l'ait su même, mais que par une apathie et un laisser-aller excessifs, il n'ait rien empêché, rien dénoncé, sera-t-il responsable? Ces hypothèses ne rentrent pas dans les prévisions de la loi de 1856.

Cette loi a paru tellement indulgente que l'on s'est demandé si l'on ne devait pas la compléter avec les règles du droit commun. La Cour de Poitiers ne l'a pas pensé, les Cours de Lyon et de Douai ont adopté l'opinion contraire, laquelle est également suivie par la Cour de cassation dans son arrêt de 1864.

J'incline à me ranger à cette dernière opinion, mais à la condition que l'on donnera à la responsabilité ainsi prolongée son véritable caractère. Je m'explique.

Suivant moi, l'indication des trois cas mentionnés dans la loi de 1856 doit être considérée comme *limitative*, en ce sens que ce sera seulement dans ces trois cas que la responsabilité sera d'ordre public, non susceptible d'être atténuée ou effacée par une convention entre les actionnaires et les membres du conseil, et encourue à l'égard de tous ceux qui auront été victimes de la faute du conseil de surveillance.

Au contraire, la responsabilité qui dépasse les limites de la loi de 1856 restera toujours une responsabilité facultative. La convention pourrait la supprimer, et dans tous les cas, résultat d'un mandat, cette responsabilité n'est encourue qu'à l'égard des mandants, c'est-à-dire des actionnaires. Toute la question est de savoir si en acceptant leurs fonctions, les membres du conseil ont entendu accepter cette responsabilité qui est le droit commun du mandat. C'est là une pure question d'intention, assez délicate sans doute, mais qui peut être résolue affirmativement, en considérant combien la loi de 1856 a limité étroitement la responsabilité obligatoire.

Si l'arrêt de la Cour de cassation n'a pas précisé les idées que je viens d'énoncer, il ne contient cependant rien qui leur soit contraire. Je ne puis en dire autant des arrêts des Cours de Douai et de Lyon, mentionnés plus haut. Dans l'hypothèse de l'arrêt de Douai, il était question d'un conseil de surveil-

Digitized by Google

lance antérieur à la loi de 1856 et au profit duquel une clause d'irresponsabilité avait été insérée dans les statuts sociaux. La Cour dit, dans les considérants de l'arrêt, que cette clause s'est trouvée effacée virtuellement par la loi de 1856. Oui, sans doute, dans les limites de la responsabilité *imposée* par cette loi. Mais la loi applique son raisonnement à la responsabilité plus étendue qui dérive du droit commun, et je crois qu'elle a tort.

L'arrêt de la Cour de Lyon me paraît aussi susceptible de critique. C'est à l'égard des *créanciers* qu'il déclare les membres du conseil de surveillance responsables, en dehors des trois cas de la loi de 1856. L'arrêt cherche à appuyer cette solution sur la loi de 1856 elle-même, sur l'article 8 aux termes duquel les membres du conseil vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société. Cet argument est inadmissible. Si le conseil encourait à l'égard de tous la responsabilité obligatoire de la loi de 1856, pour la réparation du préjudice que l'insuffisance de vérification pourrait causer, la loi de 1856 serait en contradiction avec elle-même, et il faudrait supprimer les mots *sciemment*, *en connaissance de cause* de l'article 10. On sait, d'ailleurs, qu'en écrivant l'article 10, le législateur n'a pas voulu trancher une question de responsabilité, mais seulement : 1° préciser les droits des membres des conseils, et 2° les rassurer contre la crainte de s'immiscer dans la gestion et de tomber ainsi sous le coup de l'article 28 du Code de commerce, bien plus rigoureux alors qu'aujourd'hui. Aussi la Cour a-t-elle voulu s'appuyer en outre sur le droit commun. Mais ici, autre erreur suivant moi. Au lieu d'aller puiser les principes du droit commun dans l'article 1992 du Code Napoléon, elle les prend dans l'article 1382 du même Code. Cet article était inapplicable à l'espèce pour deux raisons : d'abord parce qu'il suppose la responsabilité d'un fait personnel et non celle du fait d'autrui, et ensuite parce qu'il suppose la violation d'un devoir général, imposé à chacun en l'absence de conventions.

La loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée fournissait au législateur l'occasion de s'expliquer sur le caractère et l'étendue de la responsabilité des surveillants des sociétés par actions. Malheureusement cette loi, rédigée d'ailleurs avec tant de soins et dont l'idée première est des plus heu-

Digitized by Google

reuses, présente, pour moi du moins, sur le point dont je parle, encore plus d'obscurités que la loi de 1856. Il me paraît sans doute bien certain que la responsabilité qu'elle impose aux surveillants est une responsabilité d'ordre public; mais, ceci admis, de quoi et envers qui les surveillants sont-ils responsables?

De quoi? Ici nous ne trouvons plus d'énumération comme dans la loi de 1856; seulement, aux termes de l'article 15, l'assemblée annuelle des actionnaires désigne un ou plusieurs commissaires chargés de faire un rapport à l'assemblée générale de l'année suivante sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs. Les commissaires sont responsables de la vérification de cet inventaire, et la loi de 1863, plus sévère en cela que la loi de 1856, ne limite pas cette responsabilité au cas où ils auraient laissé faire *sciemment*. Mais ne sont-ils responsables que de ce chef? Nous lisons bien dans l'exposé des motifs que leur mission constitue un mandat *renfermé dans des limites assez restreintes*, mais l'exposé ajoute immédiatement qu'*au surplus l'étendue et les effets de ce mandat sont réglés par les principes du droit commun*, et on lit dans le rapport de la commission du Corps législatif que si leur mission *principale* est de vérifier l'exactitude des comptes annuels, *ils exercent aussi un contrôle permanent sur la situation de la société et sur les actes des administrateurs*. L'article 16 leur confère tous les droits nécessaires à l'exercice de ce contrôle, et je pense qu'ils seraient responsables pour n'avoir pas surveillé la conduite des administrateurs, leurs fautes devant être d'ailleurs appréciées d'après les règles de l'article 1992 du Code Napoléon. Mais il faut reconnaître que ce n'est pas là un mandat *assez restreint*, comme le dit l'exposé des motifs.

Envers qui sont-ils responsables? La responsabilité édictée par la loi de 1856 est encourue à l'égard de tous. En est-il de même ici? On pourrait le croire en remarquant que d'après les articles 6 et 24 combinés, l'absence de commissaires entraîne, à l'égard de tout intéressé, la nullité de la société. Mais l'article 26 ne les suppose responsables qu'envers la société, c'est-à-dire les actionnaires, et ce qui me porterait à adopter cette dernière idée, c'est que l'article 25 ne les déclare pas responsables envers les tiers dans le cas où la société serait frappée

Digitized by Google

de nullité pour inobservation de la loi, tandis que la loi de 1856, art. 7, décide au contraire que les membres du conseil de surveillance peuvent être atteints en pareil cas.

Ainsi la loi de 1863 serait tantôt plus, tantôt moins sévère que celle de 1856. Je n'ai pas besoin de démontrer cependant que le même système devrait être appliqué aux deux espèces de sociétés, et que notre législation sur ce point se trouve dans une période évidemment transitoire. F. RATAUD.

DES VENTES DOMANIALES

AVANT LA LOI DES 14 MAI-1er JUIN 1864 ET D'APRÈS CETTE LOI.

Par M. Th. Ducrocq,
professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers.

(*Suite*[1].)

206. Telle est la situation à laquelle se réfère, en ce qui concerne les forêts du domaine de l'État, la loi du 1er juin 1864.

La législation spéciale qu'elle maintient formellement, et à laquelle elle renvoie, est, pour cette classe si importante de biens domaniaux, la loi du 25 mars 1817.

Or, cette loi porte que les forêts domaniales affectées à la caisse d'amortissement pourront être aliénées, mais seulement en vertu d'une loi. Son texte ne rappelle pas la disposition de l'article 8 de la loi de 1790, mais c'est le principe qu'elle contient, celui de l'aliénabilité du domaine de l'État, sous condition d'une loi, que le législateur de 1817 a étendu au domaine forestier.

207. Il faut remarquer que cette règle s'applique indistinctement à tous les bois et forêts qui appartiennent à l'État.

Il n'y a pas à faire entre eux de distinction relative à leur valeur, car la loi du 1er juin 1864, qui divise les immeubles domaniaux en deux classes au point de vue des règles de la vente, selon qu'ils ont une valeur estimative supérieure ou non à un million, ne leur est pas applicable.

[1] V. t. XXV, p. 120, 306, 419 et 494.

Digitized by Google

Il n'y a pas non plus, actuellement, à faire entre les bois et forêts du domaine de l'État de distinction relative à leur contenance. Ce ne sont pas, en effet, les grandes masses forestières qui seules ont été affectées à la caisse d'amortissement par la loi du 25 mars 1817 ; c'est l'ensemble du domaine forestier sans distinction de contenance, grandes et petites masses.

Il est donc vrai de dire que l'article 145 de la loi de 1817 a produit un double effet au point de vue de l'aliénation directe des forêts domaniales, indépendamment de celui déjà indiqué relativement à la prescription :

1° Il a rendu aliénables, moyennant une loi, les forêts d'une contenance supérieure à 15,000 ares dont l'aliénation jusqu'alors était absolument interdite ;

2° Il a rendu une loi également nécessaire pour l'aliénation des bois domaniaux isolés et d'une contenance inférieure à 15,000 ares, dont la vente était ordonnée par l'article 2 du décret du 6 août 1790 et par la loi du 2 nivôse an IV qui déléguait manifestement au Gouvernement le droit de procéder à leur vente sans autorisation spéciale (n° 191).

Enfin, il n'y a pas non plus à distinguer, comme M. Foucart [1] nous paraît l'avoir fait à tort, entre les forêts domaniales affectées à la caisse d'amortissement et d'autres qui ne seraient pas comprises dans cette affectation. *Tous les bois de l'État,* sans distinction, ont été compris par l'article 143 de la loi de 1817 dans cette affectation. Il est vrai que le même article en réservait une partie, à prendre indistinctement dans l'ensemble du domaine forestier, pour former un revenu de 4 millions destiné au clergé ; mais cette disposition a été abrogée par l'article 2 de la loi du 27 mars 1831.

Donc, tous les bois et forêts du domaine de l'État sont, depuis la loi du 25 mars 1817 et en vertu de cette loi combinée avec celle du 1er juin 1864, soumis aux mêmes règles, aussi bien en ce qui concerne l'aliénation que la prescription. Tous sont prescriptibles d'après le droit commun ; tous peuvent être également vendus, mais seulement en vertu d'une loi.

208. La loi du 25 mars 1817, dans les dispositions qui forment son titre XI, entendue et interprétée comme il vient d'être dit par la Cour suprême, malgré la résistance de l'ad-

[1] Tome II, n° 865 *in fine*, p. 364.

Digitized by Google

ministration, est une loi domaniale d'une immense importance et de la plus haute portée.

Ses effets viennent d'être exposés ; mais quel jugement convient-il de porter sur elle, soit en ce qui concerne la partie de sa disposition relative au crédit public, soit en ce qui concerne celle spéciale à la domanialité des forêts ?

Dans le premier ordre d'idées, l'affection des forêts domaniales à la caisse d'amortissement, en augmentant les garanties des crédirentiers, créanciers de l'État, a contribué à fortifier et à grandir le crédit public. Non-seulement elle a relevé dans une proportion considérable le cours des fonds publics au moment de sa promulgation, mais en outre elle contribue largement à inspirer cette confiance profonde à l'accomplissement fidèle des engagements de l'État, dont le système nouveau des emprunts par voie de souscription publique, a donné de si éclatants témoignages.

Dans le second ordre d'idées, au point de vue de la domanialité, nous n'hésitons pas davantage à approuver la loi de 1817. Le régime des forêts domaniales a pu être transformé aussitôt que des considérations financières ou d'intérêt public l'ont exigé.

Peut-être à l'heure où éclatait la Révolution française, dans ces moments de crise violente où s'opérait la substitution d'un nouvel état de choses social à un régime ancien, n'était-ce pas trop pour donner au domaine forestier la protection nécessaire à sa conservation, que de rétablir en sa faveur le privilége de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité ! Mais c'était une exception profonde apportée aux principes du nouveau droit public de la France en matière de domanialité, principes d'après lesquels le domaine de l'État est redevenu disponible ; or dans un état de choses normal et régulier, avec des moyens de protection suffisants pour défendre autrement les forêts, il était conforme aux principes de renoncer au privilége.

L'inaliénabilité domaniale, justifiée ou non par des circonstances particulières, n'en est pas moins l'exagération de la mainmorte, et, en ne l'admettant que pour les dépendances du domaine public, en émancipant le domaine de l'État des entraves de l'indisponibilité, en assimilant sous ce rapport les propriétés de l'État à celles des simples particuliers, notre droit public moderne montre assez qu'il est dans son esprit de

Digitized by Google

ne conserver cette exception exorbitante, que dans la mesure absolument nécessaire à la satisfaction des besoins généraux.

Il était donc bon de faire rentrer les bois et forêts sous l'empire du droit commun, de les rendre aliénables, et prescriptibles comme les autres biens du domaine de l'État, comme les biens des particuliers, dès que le privilége de l'indisponibilité pouvait cesser d'être considéré comme absolument indispensable à leur conservation.

209. Il faut observer en outre que la suppression de l'inaliénabilité des forêts était une conséquence nécessaire de leur affectation à la caisse d'amortissement. Sans même qu'il soit utile d'admettre, comme l'arrêt de 1854 de la Cour de cassation, que la loi de 1817 opérât un véritable transport de propriété, ainsi que ses termes le feraient supposer; sans qu'il soit nécessaire de reconnaître à la caisse d'amortissement une personnalité civile distincte de celle de l'État; il est certain que cette affectation constituait un acte de disposition, au moins analogue à une constitution d'hypothèque, de gage ou d'antichrèse, au profit des détenteurs de titres représentatifs de la dette publique. C'était là un acte de disposition absolument incompatible avec l'inaliénabilité; pour accomplir cet acte il fallait supprimer en même temps, *et ipso facto*, l'inaliénabilité.

En outre, pour que la garantie spéciale donnée aux créanciers de l'État fût effective, il fallait que la loi donnât en même temps les moyens de réaliser les immeubles affectés à cette garantie. Sous ce second rapport, la faculté d'aliéner était encore une condition inévitable de l'affectation à la caisse d'amortissement.

La loi du 25 mars 1817, en stipulant d'ailleurs que l'aliénation des bois et forêts ne pourrait jamais avoir lieu qu'en vertu d'une loi, soumettait leur vente à une condition de nature à sauvegarder entièrement l'intérêt social qui s'attache à leur conservation.

210. La loi même du 25 mars 1817, tout en proclamant la règle nouvelle, en faisait une première application. Le § 2 de son article 145 autorisait la mise en vente de 150,000 hectares de bois domaniaux. Il faut dire que déjà, à une époque douloureuse de notre histoire nationale, la loi de finances du 23 septembre 1814 (dont l'exécution fut suspendue par la loi du 18 avril 1816) n'avait pas attendu la proclamation du prin-

Digitized by Google

cipe nouveau pour ordonner la vente de 300,000 hectares des bois de l'État, sol et superficie, et en affecter le produit au payement des obligations du trésor.

Une loi du 28 mars 1831 (dont la mesure, il faut l'avouer, a été considérée par de bons esprits, et malgré des promesses contraires, comme désastreuse pour l'État) a autorisé le ministre des finances à aliéner successivement des bois domaniaux jusqu'à concurrence de 4 millions de revenu net.

A une époque plus rapprochée de nous, la loi de finances du 14 août 1850, article 12, a autorisé le ministre des finances à aliéner jusqu'à concurrence de 50 millions des bois de l'État portés sur un tableau annexé à cette loi.

Enfin les décrets du 22 janvier et du 27 mars 1852 ont ordonné une autre vente de bois pour 35 millions, sur des bases exceptionnelles, dérogatoires aux principes qui règlent les ventes domaniales et l'emploi des fonds en provenant; ces décrets du reste ne paraissent pas avoir reçu leur exécution.

211. Il faut tenir pour certain, relativement aux formes à suivre pour la vente des forêts domaniales lorsqu'une loi les autorise, que c'est le préfet seul qui est investi du droit de faire la vente au nom de l'État, toujours par voie d'adjudication publique, et que c'est à l'administration des domaines qu'appartient la direction des opérations, la réception du prix et la poursuite des débiteurs; l'administration des forêts ne doit intervenir, nonobstant l'arrêté ministériel du 21 septembre 1852, que pour éclairer le préfet et la régie des domaines sur les questions d'intérêt forestier.

212. Nous nous associons du reste, en vertu des considérations indiquées ci-dessus (nos 186 à 189), au vœu souvent émis que le législateur ne recoure presque jamais à la faculté qui lui appartient d'autoriser de telles aliénations.

Chaque loi d'autorisation, en diminuant le domaine forestier, porte atteinte aux divers intérêts politique, économique, industriel, hygiénique, agricole, que nous avons décrits et qui font de la conservation de la propriété boisée un besoin social.

Il faut observer aussi que chacune des lois d'autorisation, diminuant le gage des créanciers de l'État constitué en 1817, il en résulte que ces lois ne doivent intervenir qu'autant que le service de la dette publique l'exige absolument.

Digitized by Google

213. Avant de terminer l'étude de cette législation exceptionnelle relative à l'aliénation des forêts, maintenue par la loi du 1er juin 1864, nous devons répondre à une série d'objections dont l'une s'est produite devant les tribunaux lors des débats qui ont précédé les nombreux arrêts rendus sur l'action dirigée par l'administration des domaines contre la commune de Montigny-les-Vaucouleurs. Cette objection paraît aussi avoir préoccupé quelques auteurs et quelques publicistes.

On s'est demandé si la prescriptibilité absolue, et suivant le droit commun, des forêts domaniales, n'est pas en contradiction avec la défense de les aliéner sans le concours du pouvoir législatif?

On peut se demander encore s'il n'y a pas lieu de confondre le domaine public inaliénable avec les parties du domaine de l'État qui ne sont aliénables qu'en vertu d'une loi?

214. Il faut, pour écarter la première objection, déterminer exactement le caractère de l'intervention législative en cette matière.

Cette intervention est une condition de l'aliénation. C'est à tort que l'on a été parfois tenté d'y voir une sorte d'inaliénabilité. Les forêts sont aliénables; elles ne sont plus placées en dehors du commerce; cela suffit pour qu'elles soient susceptibles d'une possession utile, et partant pour qu'elles soient prescriptibles, indépendamment des conditions constitutives de leur aliénation.

Du reste nous avons déjà vu (n° 204) comment l'arrêt de la chambre des requêtes du 9 avril 1856 a repoussé cette objection. L'arrêt de la chambre civile du 27 juin 1854[1] et celui de

[1] Voici cette partie de l'arrêt :

« Attendu que la nécessité d'une loi pour autoriser la vente et l'aliénation « est une condition commune à toutes les parties du domaine de l'État, et « la seule forme sous laquelle l'État propriétaire puisse exprimer son con- « sentement; qu'elle ne fait donc point obstacle au libre cours de la pres- « cription à l'égard des forêts domaniales, qui, aliénables depuis la loi de « 1817 au même titre et aux mêmes conditions que toutes autres propriétés « domaniales, sont devenues par cela même susceptibles d'une possession « utile; — qu'il faut distinguer, en effet, entre le domaine de l'État, alié- « nable et prescriptible de sa nature, et le domaine public, toujours inalié- « nable et imprescriptible tant que la destination qui lui imprime ce double « caractère n'est pas changée. »

Digitized by Google

la Cour de Metz du 13 février 1855[1] l'ont également réfutée dans des termes qu'il est utile de connaître.

Ces arrêts sans doute sont trop absolus lorsqu'ils disent : que la loi est « la *seule* forme sous laquelle l'État propriétaire « puisse exprimer son consentement; » que « c'est là une for- « malité *qui a toujours été exigée* pour la transmission des au- « tres propriétés réputées prescriptibles. » Nous savons désormais le contraire, sans avoir à revenir sur cette démonstration. Nous devons d'ailleurs observer que ces arrêts n'avaient pas à examiner la question des délégations législatives, et qu'ils ont pu négliger l'étude de la pratique suivie en cette matière et des textes qui formaient sa raison d'être.

Mais l'argumentation de ces arrêts, dans ce qui constitue l'objet même de leur décision, est irrésistible. Il est certain que la loi de 1817 n'a fait pour les forêts domaniales que ce qui était établi par l'article 8 de la loi de 1790, en ce qui concerne les autres parties du domaine de l'État, sans qu'on ait à se préoccuper des modifications ultérieures que cette dernière disposition a pu subir. Or, le domaine de l'État, quoique ne pouvant être aliéné, d'après l'article 8 de la loi de 1790, qu'en vertu d'une loi, n'en était pas moins proclamé aliénable par cette législation même, remis par elle dans le commerce, et rendu susceptible de possession utile et de prescription (art. 36 de la loi de 1790).

215. En un mot, tout immeuble domanial aliénable est prescriptible en vertu de son aliénabilité même, quelles que soient les conditions auxquelles l'aliénation est subordonnée; *alienabile ergo præscriptibile.* Les conditions de l'aliénation peuvent varier pour les diverses sortes d'immeubles domaniaux; mais du moment qu'ils sont susceptibles d'être aliénés sous quelque condition que ce soit, avec ou sans une loi, ils sont les uns et les autres, dans le commerce, susceptibles de

[1] Voici cette partie de l'arrêt :

« Attendu que la loi, nécessaire à la caisse d'amortissement pour pro- « céder à l'aliénation de ses forêts, ne pouvait faire obstacle à la possession « utile de la commune; que la loi n'est exigée que parce qu'il faut bien que « la nécessité de la réalisation soit constatée; que c'est là une formalité « qui a toujours été exigée pour la transmission des autres propriétés répu- « tées prescriptibles. »

Digitized by Google

possession utile et d'appropriation privée par prescription ou par tout autre mode régulier d'acquisition.

Tel est l'esprit de la loi ; telle est la pensée profondément juridique et libérale qui a inspiré le législateur de 1804, lorsqu'il a formulé l'article 2227 du Code Napoléon ! La loi de 1817 est entrée dans le même ordre de faits et d'idées.

Si donc on proposait jamais de déclarer quelques catégories de biens du domaine de l'État imprescriptibles, tant qu'une loi spéciale n'aurait pas autorisé l'aliénation de chacun d'eux individuellement, il faudrait s'élever avec énergie contre cette tentative, comme étant un retour vers la mainmorte et l'indisponibilité.

216. Dans le même ordre d'idées une autre objection doit être ici prévue. Quelle différence, pourrait-on dire, y a-t-il donc entre le domaine public et le domaine de l'État qui n'est aliénable qu'en vertu d'une loi ? Une loi ne pourrait-elle pas aliéner également des dépendances du domaine public, et dès lors la différence n'est-elle pas dans les mots plutôt qu'au fond des choses ?

Il faut d'abord répondre que l'intérêt pratique de cette distinction serait encore assez puissant, s'il était restreint aux différences existantes entre les deux domanialités, au point de vue de la *prescription*, et par suite de l'exercice des actions possessoires et de l'acquisition des servitudes par la possession, toutes choses possibles pour le domaine de l'État, prohibées pour le domaine public.

Mais au point de vue de l'*aliénation* directe elle-même, par vente, échange ou concession, la différence est très-réelle.

Il n'est pas vrai de dire qu'une loi puisse aliéner une dépendance du domaine public. Le législateur lui-même doit s'arrêter devant le principe de l'inaliénabilité du domaine public ; c'est à lui-même que s'adresse cette défense d'aliéner. De même, sous l'ancienne monarchie, c'était aux rois de France eux-mêmes, investis, d'après les principes des royautés absolues, des deux pouvoirs législatif et exécutif, que s'adressait cette antique règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne consacrée par l'ordonnance de 1566. Nous savons déjà que Dargentré disait : *Sacrosancta lex quæ reges ipsos astringit.*

Ceci est également vrai du législateur de nos jours ; et s'il méconnaissait ce principe fondamental de notre droit public

Digitized by Google

en matière de domanialité, le Sénat devrait s'opposer pour cause d'inconstitutionnalité à la promulgation d'une pareille loi.

Cette règle est vraie pour toutes les dépendances du domaine public; nous l'avons déjà dit ci-dessus (n° 24) : une loi même ne peut aliéner ni une portion des rivages de la mer, ni un fleuve, ni une route impériale.

217. Une distinction toutefois doit être faite entre les dépendances du domaine public que la nature même a consacrées à l'usage de tous, et celles qui ont reçu cette destination de la main des hommes.

Pour les premières, comme les fleuves et les rivages de la mer, il est absolument vrai que nulle loi ne peut en autoriser l'aliénation et en dépouiller les générations futures, tant que ces choses demeurent à l'état de fleuves et de rivages de la mer. C'est la nature elle-même qui a consacré ces biens à l'usage de tous, et l'inaliénabilité les protége contre toute entreprise du législateur.

Pour les secondes, c'est-à-dire pour les choses qui ont reçu leur destination de la main des hommes, telles que les routes impériales, il est encore vrai de dire que tant qu'elles conservent leur destination, tant qu'elles subsistent en nature de routes, une loi ne peut pas davantage les aliéner. Mais cette domanialité publique que les pouvoirs publics ont créée, les pouvoirs publics peuvent la détruire. Si donc la route impériale, prise ici pour exemple, ne peut être aliénée tant qu'elle reste à l'état de route impériale et fait partie du domaine public, elle pourra l'être valablement, quand, régulièrement dépouillée de son caractère de route impériale par un acte de l'autorité publique, elle sera sortie du domaine public et rentrée dans le domaine de l'État en vertu de cette opération que réglemente la loi du 24 mai 1842 sous le nom de déclassement et de délaissement de routes impériales. C'est dans cet ordre d'idées que M. Gaudry[1] a dit d'une manière très-judicieuse : « Le domaine public ne peut devenir aliénable qu'après avoir perdu « son caractère. D'où il résulte que pour en disposer irrévocablement, il faut que la loi commence par le déclasser ou par « constater son déclassement; ensuite elle en autorise l'aliénation comme bien simplement domanial. »

[1] *Traité du domaine*, t. III, p. 12, n° 558.

Digitized by Google

218. En résumé, sur ces deux objections, il reste vrai de dire :

1° Que la prescriptibilité des forêts domaniales n'a rien d'inconciliable avec la nécessité d'une loi pour les aliéner, cette nécessité constituant, non pas l'inaliénabilité de la chose, mais une simple condition de son aliénation; *alienabile ergo præscriptibile.*

2° Qu'entre les biens du domaine de l'État, qui ne peuvent être aliénés qu'en vertu d'une loi, comme les forêts, et les dépendances du domaine public inaliénable, il existe une profonde différence de nature physique et légale, qui engendre entre ces deux éléments domaniaux les effets juridiques et pratiques les plus contraires.

219. Le puissant intérêt qui s'attache à la conservation du sol domanial forestier, et qui, ainsi que nous venons de le voir, a fait maintenir, en 1864 comme en 1817, la nécessité d'une loi pour l'aliénation de toutes ses parcelles, a aussi inspiré l'ensemble de la législation forestière déposée dans le Code de 1827.

Les coupes elles-mêmes doivent être autorisées, celles extraordinaires par un décret (Code forestier, art. 16), celles ordinaires par le directeur général; aucune vente n'en peut avoir lieu que par voie d'adjudication publique, sous peine d'être réputée clandestine et déclarée nulle (art. 17, 18 et 19).

C'est ce même intérêt de la conservation des bois et forêts qui a fait prohiber pour l'avenir toute concession de droit d'usage, de quelque nature et sous quelque prétexte que ce puisse être, dans les bois de l'État (Code forestier, art. 62), et, par suite, toute acquisition par prescription des mêmes droits (Cour de cassation, 25 février 1858).

C'est encore lui qui, pour diminuer celles de ces servitudes antérieures au Code forestier, a fait consacrer et réglementer la faculté de cantonnement (art. 63) et celle de rachat (art. 64).

220. C'est ce même intérêt qui, joint à des considérations d'une autre nature, avait contribué à introduire dans la législation domaniale en 1667, en 1790 et en 1816, la *révélation* (c'est-à-dire la recherche faite par des particuliers, moyennant récompense, des biens et droits domaniaux usurpés et inconnus

Digitized by Google

aux agents de l'État), qu'un décret impérial[1] vient d'abolir au moment même où nous écrivons ces lignes.

Il est même à remarquer que depuis 1829, terme légal d'après ce qui a été dit plus haut (n° 20), des recherches du domaine contre les usurpations et aliénations faites en violation de l'ancien principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité, les révélations ne trouvaient plus matière à s'exercer qu'en ce qui concerne les forêts domaniales possédées à titre précaire depuis des siècles par des communes qui, à ce titre, n'avaient pu les acquérir par prescription, même depuis que la loi de 1817 les a rendues prescriptibles.

Ce point est indiqué dans une note insérée au *Moniteur* du 9 août 1864, et qui doit être considérée comme le plus sûr commentaire du décret du 27 juillet précédent[2]. Tout

[1] Décret du 27 juillet 1864, ainsi conçu :

Vu l'ordonnance du 21 août 1816, relative à la recherche des biens domaniaux et aux révélations qui peuvent en être faites; sur la proposition de notre ministre des finances; — Avons décrété et décrétons ce qui suit : — Ne seront plus autorisées : 1° les révélations de biens et rentes provenant du domaine de l'État ou des anciens établissements ecclésiastiques; 2° les allocations, à titre de récompense, accordées aux révélateurs par l'article 3 de l'ordonnance susvisée.

[2] Voici la dernière partie de cette note :

« . . . . . D'où vient donc qu'aujourd'hui encore les révélations trouvaient matière à s'exercer, et qu'il a fallu le décret du 27 juillet pour y mettre fin? — C'est qu'un grand nombre de bois sont devenus la propriété des communes, sans qu'elles puissent justifier d'un titre écrit. On sait, en effet, comment s'est fondée la propriété communale. Sous le régime féodal, le territoire était divisé en fiefs, dont une partie assez notable était entre les mains du clergé. Partout les seigneurs laïques et ecclésiastiques cherchaient à fixer sur leurs terres des colons qui les missent en valeur, et, pour attirer et retenir les vassaux, ils leur concédaient des droits tellement étendus sur les produits des forêts, qu'il est arrivé souvent que ces produits tout entiers étaient absorbés par l'exercice des droits concédés. — Dans ce cas, la propriété du seigneur était réduite à un droit purement nominal; par la suite des temps et de son consentement peut-être, ce droit de propriété est tombé en oubli, et un assez grand nombre de communes jouissent paisiblement, depuis plusieurs siècles, des forêts dans lesquelles le seigneur n'avait concédé peut-être aux premiers habitants que des droits précaires. — L'État a succédé aux seigneurs, et, comme la loi civile dispose que la prescription ne peut être acquise par ceux qui possèdent à titre précaire, des spéculateurs, savants mais intéressés, exploraient encore aujourd'hui les archives et exhumaient de la poussière des siècles des titres obscurs et ambigus, desquels il paraissait résulter que des forêts, dont les communes avaient

Digitized by Google

le monde, excepté l'industrie frappée par elle, applaudira sans doute à cette mesure, en reconnaissant que le puissant intérêt qui s'attache à la fortune forestière de la France perdra peu de chose et gagnera beaucoup à se passer des secours de la révélation.

SECTION IV.

De la vente de divers biens domaniaux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales.

SOMMAIRE.

221. Objet de cette section, et énumération du rapport supplémentaire de la commission législative de la loi du 1er juin 1864.
222. Cette énumération n'est pas limitative.
223. Division de la section en sept paragraphes.
224. Rapprochements entre l'objet de ces sept paragraphes et l'énumération comprise dans le rapport de la commission.

221. Cette section est consacrée, comme la précédente, au commentaire de la partie finale du § 1er de la loi du 1er juin 1864, qui exclut de la sphère d'application de la loi nouvelle

joui jusqu'ici librement, n'avaient cependant été concédées aux habitants primitifs que pour servir à leur usage. Ces spéculateurs élevaient la prétention d'user de la faculté de révélation pour entrainer le domaine dans des procès sans issue, dont l'État aurait fait tous les frais, et dont eux seuls auraient recueilli le bénéfice; car on ne saurait mettre en balance les sommes peu importantes qu'auraient pu procurer au Trésor d'aussi regrettables procès, avec les froissements légitimes que causaient aux populations des revendications aussi imprévues que peu justifiées en équité.

« C'est à cet état de choses que l'Empereur a voulu mettre fin. — Il a jugé que le système des révélations que repoussent nos mœurs n'était plus justifié par l'intérêt du Trésor; il a pensé que la dignité de l'État ne lui permettait plus d'accepter les révélateurs comme auxiliaires; il a voulu que les populations puissent jouir sans trouble de ce qu'elles ont considéré jusqu'ici comme leur patrimoine, et qui n'est au fond qu'une partie de la richesse publique.

« Le décret du 27 juillet consacre donc une réforme utile et importante qu'il n'y avait plus de motif de différer; il doit être accueilli par tout le monde comme un hommage rendu à la morale publique; il doit être accueilli comme un bienfait par les communes propriétaires de forêts d'origine féodale, et, à l'avenir, les populations ne seront plus exposées à être dépouillées de leurs propriétés par les révélations intéressées de spéculateurs qui pourront désormais consacrer leurs travaux à des recherches plus dignes d'eux-mêmes et de la science du droit. »

Digitized by Google

les *immeubles domaniaux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales.* Nous devons poursuivre et achever dans cette section l'étude de ces législations spéciales, qui doivent désormais être conciliées avec la loi nouvelle qui proclame leur maintien.

Nous avons indiqué déjà à ce sujet, à propos des forêts domaniales, l'intérêt qui s'attache à la partie du rapport supplémentaire de M. de Voize, où il indique les lois administratives ou civiles, auxquelles se réfèrent ces mots de la loi nouvelle : *immeubles domaniaux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales.*

Ce passage du rapport est plus important encore pour les catégories de biens, qui occupent dans l'ensemble du domaine de l'État une place moins considérable que les forêts, et dont il nous reste à nous occuper pour achever cette étude.

Il faut connaître en entier cette partie du travail de la commission législative.

Après avoir parlé des forêts dans les termes rapportés ci-dessus (n° 182), le rapporteur poursuit de la manière suivante [1] :

« En outre, depuis longtemps déjà, la nature de certains « immeubles a déterminé le législateur à conférer au gouver- « nement le droit de les aliéner en vertu d'autorisations perma- « nentes. De ce nombre sont :

« 1° Les lais et relais de la mer, les marais, le droit d'endi- « guement, les accrues, attérissements, alluvions des fleuves et « rivières navigables et flottables (loi du 16 septembre 1807, « art. 41);

« 2° Les terrains retranchés de la voie publique par voie d'a- « lignement (loi du 16 septembre 1807, art. 53);

« 3° Les terrains acquis pour des travaux d'utilité publique « et qui n'ont pas reçu cette destination (loi du 3 mai 1841, « art. 60, 61, 62 et 76);

« 4° Les portions de routes impériales délaissées par suite « de changements de tracé ou d'ouverture d'une nouvelle route, « et les portions de terrains provenant d'un cours d'eau sup- « primé, dont la propriété ne serait pas contestée à l'État (loi « du 24 mai 1842);

5° Les portions de terrains provenant des routes, chemins,

[1] Supplément au *Moniteur universel* du 29 mai 1864; *Corps législatif*, annexe C, page x, 2e colonne.

Digitized by Google

« canaux, etc., et devenues inutiles par suite de changement « de tracé ou d'ouverture de nouvelles voies de communication « (loi du 20 mai 1836, art. 4);

« 6° Les terrains susceptibles d'être aliénés pour cause d'u- « tilité publique (loi du 3 mai 1841, art. 13, § 5);

« 7° Le droit de mitoyenneté (art. 653 et 661 du Code Napo- « léon);

« 8° Enfin les biens de personnes qui décèdent sans héritiers « et que le domaine peut aliéner en sa qualité d'administrateur, « et d'après les formes prescrites pour les ventes de biens de « mineurs. Ces biens, en effet, quoique régis par le domaine, « ne font retour à l'État qu'après l'expiration du délai de pres- « cription.

« Ces exceptions au principe fondamental posé par la loi de « 1790, et qui portent sur un grand nombre d'immeubles, votre « intention est certainement, Messieurs, de les maintenir. »

222. Cette énumération forme le premier commentaire de cette portion de la loi nouvelle. Nous devons faire observer toutefois que cette énumération, si bien déduite qu'elle soit, ne saurait être limitative. Le texte de la loi doit seul être suivi. Or ce texte fait une réserve générale qui s'applique à toutes les lois spéciales d'aliénations domaniales; toutes ces lois sont indistinctement enveloppées dans la disposition si compréhensive du texte de la loi du 1er juin 1864, alors même qu'elles ne figureraient pas dans l'énumération du rapport.

Il faut même reconnaître que cette disposition réserve, non-seulement les lois déjà faites, mais aussi les lois à faire, qui modifieraient, en ce qui concerne certaines sortes de biens domaniaux, le droit commun des ventes domaniales tel qu'il est écrit dans la loi nouvelle.

223. Nous diviserons en sept paragraphes les développements importants que comporte cette section.

Dans le § 1er nous traiterons de l'aliénation des lais, relais de la mer, marais et alluvions.

Dans le § 2, de l'aliénation des terrains expropriés, concédés ou rétrocédés par application de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Dans le § 3, de l'aliénation des terrains retranchés de la voie publique par voie d'alignement.

Dans le § 4, de l'aliénation des terrains domaniaux prove-

Digitized by Google

nant de délaissement et de changement de tracé de routes impériales.

Dans le § 5 nous dirons quelques mots des lois spéciales et temporaires qui avaient admis des règles particulières d'aliénation en ce qui concerne les terrains domaniaux usurpés, et nous dirons comment ces dispositions pourraient encore être susceptibles d'application.

Nous parlerons très-brièvement dans le § 6 des aliénations imposées à l'État par suite des règles du droit civil sur la mitoyenneté.

Enfin dans le § 7, en traitant de l'aliénation des biens qui composent les successions en déshérence, nous serons obligés de réfuter la doctrine contenue dans la partie finale de l'énumération du rapport qui vient d'être reproduite (nº 221) et dans un autre passage déjà cité (nos 160 et 161); nous aurons à montrer que ces biens sont indiqués à tort comme étant l'objet d'une exception, tandis qu'ils sont soumis à l'application entière de la loi du 1er juin 1864.

224. Ce plan est en partie calqué sur l'énumération contenue dans le rapport de M. de Voize.

Les §§ 1, 2, 3, 4, 6 et 7 embrassent l'examen de la législation spéciale relative aux huit classes de biens énumérées dans le rapport, en y comprenant des cas qu'il n'a pas prévus.

Le § 5 concerne des biens domaniaux et des cas d'aliénation non compris dans les prévisions du rapport par des causes qui seront ultérieurement indiquées.

§ 1er.

Lais, relais de la mer, marais, atterrissements et alluvions.

SOMMAIRE.

225. Portée de l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807, relatif au droit d'aliéner par voie de concession ces parties du domaine de l'État.
226. Le gouvernement était également investi du droit de vendre ces mêmes biens en vertu des lois de l'an X.
227. Tentatives d'abrogation de l'article 41 de la loi de 1807, en 1835 et 1838.
228. Considérations qui justifient cette disposition et ont dû la faire conserver sous l'empire de la loi du 1er juin 1864.
229. Deux questions que cette loi soulève ; 1° le gouvernement a-t-il le

Digitized by Google

droit de concéder, sans une loi, les marais, lais et relais de mer d'une valeur estimative supérieure à un million? Solution affirmative.
230. 2° le gouvernement a-t-il également le droit de vendre, sans une loi, ces mêmes immeubles d'une valeur supérieure à un million?
231. Discussion.
232. Solution négative de la question.
233. Observations sur la nature légale des lais et relais de mer, qui ne font et n'ont jamais fait partie du domaine public.
234. Formalités des concessions autorisées par l'article 41 de la loi de 1807.

225. Nous avons déjà parlé (n° 31) de l'article 41 [1] de la loi du 16 septembre 1807 sur le desséchement des marais, qui investit le gouvernement du droit de concéder les marais, lais et relais de mer, atterrissements et alluvions des fleuves. Nous avons déjà fait observer (n° 60) que cette disposition est relative, non à la vente par adjudication, mais à la concession, mode d'aliénation pour lequel le législateur a toujours dû se montrer plus sobre de délégation, et qu'il n'avait pas compris dans les délégations de l'an X.

La pensée, peu exacte du reste, du législateur de 1807, exprimée par l'orateur du Tribunat au Corps législatif, a été que les lais et relais de mer, dépendant souvent de travaux faits ou à faire, ne pouvaient être utilement acquis que par les détenteurs des propriétés adjacentes, et par suite n'étaient pas susceptibles d'être mis utilement en adjudication. Mais il faut remarquer que le législateur en se servant de cette expression : « le gouvernement *concédera* », n'a pas entendu lui imposer exclusivement ce mode d'aliénation; par cette formule d'apparence impérative, le législateur a tout au plus voulu exprimer l'obligation d'aliéner cette sorte de biens parfaitement improductive entre les mains de l'État, il n'a pas songé à proscrire pour cette aliénation l'emploi des ventes administratives.

226. En fait, le gouvernement a souvent eu recours en cette matière à la vente aux enchères publiques de préférence à la concession. Il a même été dit aux Chambres, dans une discussion législative, que sur 4,475 hectares de lais et relais de

[1] Ce texte est ainsi conçu :
« Le gouvernement concédera, aux conditions qu'il aura réglées, les ma-
« rais, lais et relais de la mer, le droit d'endiguement, les accrues, atterris-
« sements et alluvions des fleuves, rivières, torrents, quant à ceux de ces
« objets qui forment propriété publique et domaniale. »

Digitized by Google

mer, vendus de 1807 à 1835, 870 hectares seulement avaient été concédés. Le gouvernement était, en effet, investi du droit de *vendre* toutes ces dépendances domaniales, marais, lais et relais, atterrissements, alluvions, par la délégation générale du droit de vendre les biens ruraux du domaine de l'État, que nous avons trouvée dans la loi du 15 floréal an X. C'est par ce motif que la loi de 1807 n'a parlé que du droit de concéder. Il eût été du reste peu logique de la part du pouvoir législatif de confier d'une manière absolue, au gouvernement, le droit de *concéder* une classe de biens domaniaux, c'est-à-dire de les vendre sans la garantie des adjudications ou même de les donner, et de lui refuser au contraire la délégation du droit de *vendre aux enchères publiques* les parcelles de cette même catégorie de biens.

227. Deux fois, en 1835 et en 1838, des projets de lois ayant pour but d'abroger l'article 41 de la loi de 1807, en enlevant au gouvernement la délégation législative du droit de concéder les lais et relais de mer, pour ne lui laisser que le droit de les vendre, ont été votés par la Chambre des députés et rejetés par la Chambre des pairs. Ces tentatives étaient dues aux craintes qu'inspiraient aux populations de la Vendée des compagnies industrielles, qui auraient plus gagné que les riverains à la modification législative, sollicitée à tort dans l'intérêt de ces derniers.

228. D'ailleurs l'utilité certaine que présente l'aliénation de cette espèce de propriété domaniale justifie le maintien de l'article 41 de la loi de 1807 ; d'une part, l'État ne peut utiliser par lui-même cette catégorie d'immeubles et se lancer dans tous les hasards des entreprises de cette nature ; d'autre part, il ne doit pas laisser échapper les occasions de les féconder et d'en protéger la conquête contre les retours de la mer, lorsque ces occasions lui sont offertes par l'industrie privée. Le droit de concéder directement sans intervention législative, toutes les dépendances domaniales comprises dans la disposition de cet article 41 de la loi de 1807, demeure entre les mains du gouvernement un moyen de plus d'assurer leur aliénation et leur mise en valeur.

Voilà pourquoi en 1864, comme en 1835 et en 1838, ce texte a été conservé intact.

Seulement la concession que l'on croyait, au commencement

Digitized by Google

du siècle, le mode d'aliénation indispensable pour cette sorte de biens, est restée en fait entre les mains du gouvernement, également investi du droit de les concéder et de celui de les vendre, le mode exceptionnel, seulement appliqué dans les cas les plus rares. TH. DUCROCQ.

(*La suite à une autre livraison.*)

CONFÉRENCES DE LA SORBONNE.

Séance du lundi 19 décembre 1864.

L'HOMME AUX QUARANTE ÉCUS ET LES PHYSIOCRATES.

Par M. BATBIE, professeur d'économie politique à la Faculté de droit [1].

MESDAMES,
MESSIEURS,

J'éprouve un véritable chagrin en voyant un si grand nombre de dames dans cet auditoire. Comme vous êtes douées d'une sensibilité plus vive que la nôtre, je crois aussi, Mesdames, que vous êtes, plus que nous, accessibles à l'ennui. Or je ne dois pas vous dissimuler que je vous entretiendrai d'économie politique, et qu'un grand orateur, M. Thiers, a reproché aux économistes d'avoir créé une *littérature peu divertissante*. Si j'avais les ressources oratoires de cet homme illustre, je vous prouverais qu'on peut employer au profit de l'économie politique l'esprit qu'il a dépensé en se moquant de nos travaux. Mais n'ayant pas, comme M. Thiers, été

[1] Nous reproduisons, d'après une sténographie, la conférence de M. Batbie sur *l'Homme aux quarante écus et les physiocrates*. Quoique ce travail, soit par son sujet soit par sa forme, s'écarte du caractère habituel de notre *Revue*, nous avons pensé que nos lecteurs liraient avec plaisir une conférence qui a été vivement applaudie par un public d'élite et que les journaux quotidiens ont louée unanimement. (*Note de la rédaction.*)

Digitized by Google

gâté par la nature, je suis condamné à vous parler le langage sévère de la science. Je pourrais, pour égayer cet entretien, choisir dans *l'Homme aux quarante écus* des passages piquants, particulièrement les pages où Voltaire raille les moines et les docteurs en Sorbonne; mais ce serait recourir à un moyen bien usé, et mal reconnaître d'ailleurs l'hospitalité que vous et moi nous recevons ce soir. Ne m'accusez donc pas, Mesdames, de vous avoir prises en traître, puisque je vous préviens dès le début, c'est-à-dire lorsque le mal est encore réparable. Tout ce que je puis faire pour vous retenir, c'est de vous dire que je parlerai d'une grande époque, le XVIIIe siècle, d'un grand nom, celui de Voltaire, et que vous assisterez à la naissance de la science économique, dont les physiocrates ont été les premiers promoteurs.

Nous assisterons à la naissance de l'économie politique dans notre pays; car les physiocrates (dont le nom sera expliqué plus tard) ont été les premiers économistes français. On peut même, je crois, soutenir qu'ils ont été les premiers d'une manière absolue, puisque Adam Smith, qui passe pour le créateur de cette science, fréquenta beaucoup le fondateur et les disciples de l'école physiocratique, pendant son séjour en France, et que les *Recherches sur la richesse des nations* ne parurent qu'après les travaux des principaux physiocrates [1].

Lorsqu'une science naît, il est rare qu'un fait aussi important se produise arbitrairement, et, si on étudie les circonstances au milieu desquelles il arrive, l'influence des temps ne tarde pas à se montrer; on voit que si la découverte sort de la tête d'un homme, toutes les circonstances extérieures ont concouru à favoriser l'éclosion. Esquissons donc, à grands traits, le XVIIIe siècle pour rechercher si cette époque était le milieu naturel dans lequel la science nouvelle devait naître.

Lorsque le XVIIIe siècle s'ouvrit, il y avait déjà longtemps que l'individu était opprimé. Il est vrai que la féodalité était vaincue au sommet, que les grands barons n'avaient plus de puissance politique, qu'ils ne tenaient plus la royauté en échec;

[1] Le mémoire de Turgot sur la *production*, la *distribution* et la *consommation des richesses* a été composé neuf ans avant l'ouvrage d'Adam Smith. — V. notre *Turgot, philosophe, économiste et administrateur*, p. 163.

Digitized by Google

mais la royauté n'avait pas enlevé à la noblesse de second ordre le droit de tourmenter le vassal. La tête de l'arbre féodal n'attaquait plus le trône, mais les racines n'étaient pas encore extirpées, et les *hobereaux*, comme l'indique leur nom, étaient de petits oiseaux de proie pour leur entourage. Le régime féodal, qui à une certaine époque avait rendu d'incontestables services en créant une sorte de hiérarchie au milieu de la désorganisation générale, n'était plus maintenant qu'une oppression d'autant plus odieuse qu'elle était inutile; car, le roi s'était chargé de faire la police et d'assurer l'ordre public.

A l'oppression des pouvoirs locaux se joignait celle de la fiscalité royale. Les rois, qui autrefois vivaient du produit de leur domaine, ne pouvaient plus se contenter de cette ressource. D'abord une grande partie des domaines avait été aliénée avant le XVIe siècle, et depuis, l'aliénation étant prohibée, la vente et la donation avaient été remplacées par l'emprunt accompagné de l'engagement des biens domaniaux. Tandis que le revenu normal diminuait, les dépenses royales *ordinaires* avaient augmenté d'une manière considérable depuis que, pour assurer la paix générale, les rois entretenaient des armées permanentes. Enfin les dépenses *extraordinaires* s'étaient multipliées pour soutenir d'interminables guerres ou payer des plaisirs extravagants. Des impôts nombreux avaient été la conséquence de l'aggravation des charges; peu à peu, et au fur et à mesure des besoins, s'était formé un système financier des plus compliqués, sans régularité ni cohérence, né de circonstances extrêmes, dont chacune avait apporté sa taxe, contraire à la justice et propre à entraver le développement de la richesse publique. Le pays était couvert d'un réseau de barrières qui arrêtaient le mouvement commercial et retenaient sur place les produits agricoles. Il est vrai que Colbert avait beaucoup fait pour reporter à la frontière tous les droits de douane qui, à l'intérieur, gênaient la circulation des produits. Cependant sa réforme n'avait réussi que partiellement, et bien des barrières fiscales séparaient encore les provinces, indépendamment des obstacles qu'opposait aux communications le mauvais état des routes.

Le plus grand vice de l'ancien régime venait de ce qu'il méconnaissait le sentiment de la justice, et en cela peut-être consistait la plus grande oppression; car, rien n'est odieux

Digitized by Google

aux hommes comme le spectacle de l'injustice, même quand ils ne se sentent pas personnellement atteints. Or, l'injustice se montrait partout. La noblesse et le clergé étaient exempts de l'ancien impôt des tailles, c'est-à-dire de ce que nous appelons aujourd'hui l'impôt foncier; la corvée supposant un travail personnel ne pouvait pas être demandée aux nobles ni aux prêtres; la milice (le dur impôt du sang) épargnait non-seulement les nobles et les prêtres (les nobles d'ailleurs se battaient vaillamment comme officiers), mais aussi une foule de personnes qui étaient attachées à leur service. Chaque seigneur, dans l'intérêt de ses fermiers, cherchait à user de son influence pour diminuer la part d'impôt mise à la charge de son village, et à rejeter le fardeau sur les autres communautés. L'impôt du sel, sous le nom de *gabelle*, était perçu sur un minimum de consommation que chaque ménage était censé faire, et sur laquelle en tout cas il devait payer la taxe; car cela s'appelait le *sel du devoir*. A côté des pays qui devaient cet impôt (et c'était le plus grand nombre), il y avait des pays exempts qui s'appelaient les pays de *franc-salé*. Le clergé et quelquefois les seigneurs levaient la dîme en nature sur les récoltes de toute espèce. Or remarquez que ce prélèvement ne se prenait pas sur le produit net de la récolte, mais sur le produit brut, de sorte que la dîme équivalait au cinquième du revenu réel. Enfin nul respect pour la liberté humaine; emprisonnements arbitraires, excès de pouvoir de toutes sortes, mauvais traitements, tel était le triste cortége qui venait à la suite des injustices et des oppressions fiscales. Vous comprenez que cette époque était admirablement disposée pour la naissance de la théorie d'un *impôt unique*, payé par tout le monde sans exception et remplaçant les droits multipliés qui, à chaque instant, arrêtaient la circulation des produits et gênaient l'exercice de la liberté individuelle.

Bien avant le XVIIIe siècle, l'individu avait crié contre l'oppression qui l'étouffait; mais ses cris s'étaient perdus dans le vide parce que l'opinion publique était encore impuissante, et que les voix isolées, qui s'élevaient par intervalle, criaient dans le désert et tombaient sur des poitrines résignées. Entre les faits et l'état des esprits ne s'était pas encore élevé l'antagonisme qui prépare les déchirements. D'un côté le régime oppresseur était tout-puissant, et de l'autre les

Digitized by Google

opprimés n'osaient même pas espérer la fin de leurs douleurs. L'illustre maréchal Vauban s'était ému de tant de maux et avait écrit un livre pour demander l'établissement d'un impôt unique sous le nom de *dîme royale*, prélevé en nature sur les récoltes au profit du trésor royal. Ce cri d'humanité, parti d'un homme qui avait rendu tant de services au roi, fut mal reçu à la cour, et le maréchal mourut de chagrin pour avoir encouru la disgrâce de Louis XIV. Il faut convenir, au reste, que la proposition d'une dîme prélevée en nature était peu praticable et que, sous ce régime, le Trésor aurait souvent été embarrassé de non-valeurs ou, tout au moins, de denrées difficiles à vendre. Le projet de dîme royale fut repris, quelques années après, par Boisguilbert, qui substitua seulement le payement en argent au prélèvement en nature. Mais ces protestations n'avaient trouvé aucun écho ni à la cour ni dans le peuple.

Au XVIIIe siècle, au contraire, l'antagonisme entre les idées et les faits éclate de toutes parts. Tout à coup une vive lumière pénètre les replis et les vices de l'ancien régime; l'opinion publique se forme, et l'individu, soutenu par cette puissance nouvelle, est moins disposé à la résignation.

Les hommes du XVIIIe siècle aspirèrent à un état meilleur. D'abord naquirent les rêves, les systèmes chimériques, les projets de réforme impossibles; mais peu à peu le mouvement se régularisa, et la nation formula ses doléances et ses vœux. Qu'est-ce qui aurait pu arrêter le flot de l'opinion? Les grands pouvoirs avaient perdu leur prestige et ne pouvaient exercer une action sérieuse qu'à la condition de suivre le courant. La grande noblesse vaincue ne servait plus qu'à l'ornement du trône. La puissance politique de l'aristocratie était nulle au sommet, et l'oppression qu'exerçait la petite noblesse, loin d'augmenter sa puissance, préparait sa ruine prochaine. C'est même une chose digne de remarque que la grande noblesse était favorable au mouvement des esprits, tandis que la petite noblesse était très-résistante. Cela s'explique parce qu'au fond la petite noblesse était seule attaquée depuis que Montmorency avait marqué de son sang la défaite définitive des grands barons. La royauté elle-même déclinait. Assurément c'était une grande puissance que celle de la royauté, et la personne du roi était encore environnée de prestige. Cependant chacun se croyait désormais autorisé à regarder en face et à juger la personne et la mission

Digitized by Google

du souverain. Louis XIV, la plus haute personnification de la monarchie, avait eu un bien triste coucher de soleil. Son testament avait été cassé par le parlement qui se rappelait encore, avec indignation, l'entrée du jeune roi, botté et éperonné. Sur le passage du convoi royal, la foule avait murmuré; quelques voix avaient laissé échapper des injures qui semblaient reprocher au roi les malheurs des dernières années. La royauté avait encore été bien plus compromise par les désordres de la régence et les scandales du règne de Louis XV; car, il était plus juste d'imputer au régent et à Louis XV le volontaire abaissement de la dignité royale que d'insulter les restes d'un roi malheureux. Ainsi la grande puissance qui dominait tout, qui avait vaincu la noblesse par la bourgeoisie et combattu la bourgeoisie avec la noblesse, était percée à jour; elle ne pouvait redevenir ou rester puissante qu'à la condition de se retremper dans le vœu national. La situation était donc celle-ci : d'un côté, une aspiration énergique vers les réformes, un désir violent de secouer les chaînes qui opprimaient l'individu; de l'autre, une aristocratie sans puissance politique et une royauté discutée et jugée. De semblables circonstances étaient admirablement disposées pour l'éclosion des théories. Pendant trop longtemps l'opinion publique fut absorbée par les préoccupations de la guerre; mais lorsqu'en 1748 fut signée la paix d'Aix-la-Chapelle, les esprits retournèrent à leurs théories, à leurs plans, à leurs rêves. C'est surtout à partir de ce moment que s'accéléra le mouvement scientifique.

Il ne m'appartient pas de vous dire ce que fut le XVIIIe siècle au point de vue des sciences physiques et naturelles. Je vous rappelle seulement que sa place est grande dans l'histoire des sciences, que par la méthode analytique il a dissipé bien des fantômes, et qu'il a créé la chimie jusqu'alors embarrassée dans les langes de l'alchimie. Son rôle a été le même en matière de sciences morales et politiques. L'analyse et l'observation, c'est-à-dire la grande méthode scientifique du XVIIIe siècle a détruit bien des conceptions absurdes en matière de gouvernement, et c'est au XVIIIe siècle que nous devons la création d'une nouvelle science, de l'économie politique, qui est à l'ordre des sciences morales ce que la chimie est à l'ordre des sciences naturelles.

Même au XVIIIe siècle, les plus grands esprits croyaient à la

Digitized by Google

toute-puissance du gouvernement sur la société. On cherchait des combinaisons, plus ou moins ingénieuses, pour faire le bonheur des peuples, et tous les réformateurs étaient convaincus qu'il suffirait de déclarer une réforme pour que le peuple s'y conformât et se laissât pétrir comme une cire molle. Rousseau, dans le *Contrat social*, n'avait cherché que le moyen de faire prévaloir la volonté nationale. Après l'avoir constituée souveraine, il avait jugé que rien plus n'était à faire et qu'une nation devait être heureuse par cela seul qu'elle disposait d'elle-même. Entre les théoriciens de la monarchie et les disciples de Rousseau, la différence n'était donc pas grande, et elle consistait tout entière en ce que les premiers attribuaient à la volonté du monarque la puissance que Rousseau transportait à la volonté du peuple.

Un jour, au contraire, un homme se demanda si la société n'obéissait pas à certaines lois naturelles, indépendantes de la forme des gouvernements, que tout pouvoir devait respecter, et toujours semblables à elles-mêmes sous le gouvernement d'un seul aussi bien que sous l'autorité de plusieurs. Il était naturel que cette pensée naquît dans la tête d'un médecin, par l'effet d'une simple comparaison avec le mécanisme du corps humain. Il avait vu que, malgré tous les changements de régime, l'organisme de l'homme obéissait constamment à certaines lois dont rien ne peut supprimer l'action, rien si ce n'est la mort. Pourquoi n'en serait-il pas de même de la société? N'est-elle pas un véritable organisme ayant ses fonctions et ses lois propres, que toute constitution doit respecter de même que nul régime médical ne peut arrêter ni la respiration ni la circulation du sang? Ce médecin se mit à la recherche de ces lois, devint chef d'école et fonda la science nouvelle. Le docteur Quesnay, né en 1694 (la même année que Voltaire), à Merey, près de Monfort-l'Amaury, commença par exercer la médecine, avec distinction, dans la petite ville de Mantes. Ayant eu l'occasion de connaître le maréchal de Noailles, il fut appelé à Paris par ce puissant personnage. Mais les chirurgiens de Paris formaient une corporation qui ne s'ouvrait qu'à la condition de subir des épreuves spéciales, et Quesnay, qui avait déjà acquis une certaine célébrité en combattant l'ouvrage de Sylva sur la saignée, ne voulait pas s'exposer à la décision de juges dont il redoutait la partialité. On leva la difficulté en le nommant

Digitized by Google

chirurgien du roi, ce qui emportait de droit l'introduction dans la corporation des chirurgiens de Paris.

Quesnay était un esprit méditatif auquel rien n'échappait; médecin savant et habile, il joignait à son mérite professionnel des connaissances variées et surtout une grande puissance d'observation. On l'appelait le *penseur*. Il n'avait pas été gâté par la nature et, suivant une tradition assez accréditée, sa figure rappelait le masque de Socrate. D'autres lui attribuent le sourire de Voltaire. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'il avait l'ironie de l'un et de l'autre et qu'on cite des réponses assez spirituelles qu'il aurait faites en certaines circonstances. Un jour, fatigué d'une longue discussion sur les affaires publiques, un de ses interlocuteurs s'écria : « Ah! vous en convien« drez, c'est la hallebarde qui nous mène. » La réponse de Quesnay est bien connue, quoique cependant ceux qui la citent ne l'attribuent pas à son véritable auteur. — « Oui, dit« il, mais qui pousse les hallébardes? n'est-ce pas l'opinion « publique? — Dès lors c'est sur l'opinion publique qu'il faut « agir. » — Un médecin appelé auprès d'un malade, émit un avis qui fut suivi dès le lendemain de sa visite; après l'exécution de son ordonnance, il vint trouver Quesnay dont il demanda l'avis afin de couvrir le sien. « Je mets quelquefois à la loterie, « répondit Quesnay, mais jamais lorsque je sais qu'elle est « tirée. » — Je vous demande pardon de raconter ces détails frivoles; mais puisque nous sommes accusés d'avoir créé une littérature peu divertissante, j'aime à faire remarquer que notre science a été fondée par un homme d'esprit.

Quesnay répandit d'abord ses idées par l'enseignement oral ou plutôt par la conversation, et ce n'est qu'en 1756 qu'il en exposa les principes dans deux articles de l'*Encyclopédie:* c'étaient les mots *Grains* et *Fermiers*. Cette publication produisit une grande sensation, parce qu'on y trouva la formule d'une doctrine qui avait déjà des disciples nombreux, et dont l'expression était attendue avec une curiosité générale. Le mot *Grains* lui fournit une belle occasion de développer ses idées sur la liberté commerciale et de s'élever contre toutes les entraves dont une législation arbitraire avait chargé l'activité individuelle. La pratique constante des gouvernements avait, en temps de disette, arrêté les exportations de blé; à cela se bornaient les procédés empiriques de l'administration sous

Digitized by Google

l'ancien régime. Depuis lors ces procédés ont été perfectionnés, et au lieu de nous borner à défendre les exportations en temps de disette, nous avons prohibé les importations en temps d'abondance. Il faut avouer que cette réciproque était commandée par la logique et qu'il y avait justice à agir ainsi. En effet, quand on prohibe l'exportation en temps de disette et que, par conséquent, on empêche les propriétaires de vendre leur blé aussi cher que possible, il paraît juste de les protéger contre le bon marché en temps d'abondance. Une protection en amène une autre, et lorsqu'une production est protégée, les autres réclament une faveur semblable. Au temps de Quesnay, les blés n'étaient pas protégés contre l'importation en temps d'abondance, mais en temps de disette on en défendait l'exportation. La prohibition d'exporter était une violation du droit de propriété. On ne comprend pas, en effet, pourquoi le propriétaire serait empêché de vendre son bien à celui qui offre le meilleur prix, que l'acheteur soit étranger ou indigène. Les indigènes ont un moyen bien simple d'arrêter l'exportation, c'est de payer les denrées aussi cher que les étrangers. Quesnay n'eut pas de peine à démontrer que ces mesures gouvernementales n'étaient que des procédés propres à tourmenter les lois naturelles du corps social, et qu'elles constituaient des violations de la propriété, c'est-à-dire de la première des lois, de celle qui sert de fondement à toutes les sociétés civilisées. La conclusion qu'il tirait de là, c'est qu'il faut *laisser faire et laisser passer*. Voilà le grand mot prononcé, voilà la formule devenue célèbre, soit par la répétition fréquente qui se trouve dans les livres des économistes, soit par les railleries de nos adversaires. Cependant si vous pénétrez au fond de cette proposition, vous verrez qu'elle est juste et belle. Quesnay avait vu que la propriété, la liberté du travail, en un mot le développement libre de l'activité humaine, étaient des lois naturelles instituées par l'ordonnateur de toutes choses; il en concluait que ce qu'il y avait ordinairement de mieux à faire, c'était de laisser agir les lois instituées par la Providence, d'abandonner à elle-même l'œuvre créée et de ne point substituer quelques lois artificielles à celles qui constituent la nature des choses. *Laissez faire et laissez passer*, cette formule est donc heureuse, juste et belle, et il est vraiment extraordinaire qu'on la tourne en ridicule;

Digitized by Google

car elle peut se traduire en ces termes : « Laissez passer la « volonté de la Providence, et n'y substituez pas celle de « l'homme. » Le mot *physiocratie* ne voulait pas dire autre chose; car, ce nom pédantesque est formé de deux mots grecs qui signifient *la puissance de la nature*, c'est-à-dire gouvernement des lois naturelles.

Quesnay s'éleva contre la doctrine alors puissante de la *balance du commerce*, et démontra que la richesse d'un pays ne consistait pas dans l'abondance de son numéraire.

Tout le monde croyait alors que la monnaie était la valeur par excellence puisqu'on trouvait à l'échanger contre les produits de toute espèce. De ce principe on tirait cette conclusion que la véritable richesse consistait à retenir le numéraire dans le pays. Il fallait donc favoriser l'exportation et restreindre l'importation, tout excédant d'importation ayant pour effet de faire sortir le solde en numéraire de la différence. Quesnay démontra que les produits s'échangent contre des produits, que le numéraire est surtout un instrument d'échange et que les produits importés ne peuvent pas être une cause d'appauvrissement pour le pays qui les reçoit. Somme toute, l'échange étant réciproque, chaque nation doit nécessairement recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne. En admettant que le solde des différences en numéraire amenât une sortie considérable des espèces d'or et d'argent, la baisse des prix ne tarderait pas à ramener le numéraire par l'excédant de l'exportation. Là, en effet, où l'argent est rare, il acquiert une valeur élevée qui fait baisser le prix de toutes les denrées et qui ramène le numéraire des pays où il abonde; car, dans les lieux où il est abondant, sa valeur tombe très-bas, et les détenteurs cherchent un emploi meilleur que celui qu'ils trouvent à faire dans leur pays.

Ce fut la partie vraie de la doctrine de Quesnay; malheureusement à côté de la partie vraie, qui est demeurée le fond de la science économique, il développa une théorie erronée qui a longtemps pesé sur les progrès de la science nouvelle. Il soutint que, de toutes les industries, l'agriculture est la seule productive et que toutes les autres, quelque utiles qu'elles soient, ne peuvent pas augmenter le revenu national. Les manufactures et le commerce n'ajoutent pas un atome à la masse des subsistances; elles approprient les matières pre-

Digitized by Google

mières, fournies par l'agriculture, à la satisfaction de nos besoins ou elles les rapprochent des consommateurs. Assurément ce sont là des services signalés, mais tout leur effet ne va pas jusqu'à augmenter, de quoi que ce soit, la somme des produits. Lorsque Quesnay appelait ces industires *stériles*, il ne voulait pas dire qu'elles étaient inutiles, mais seulement qu'elles ne donnaient aucun produit substantiel nouveau, et qu'elles se bornaient à transformer des matières déjà existantes.

De cette théorie abstraite, les physiocrates tiraient les conséquences pratiques les plus importantes, et cela devait être; car, en économie politique, rien n'est indifférent, et il importe de veiller sur l'analyse des idées, parce que la plus petite erreur commise à l'origine produit plus tard des écarts considérables.

Puisque la terre seule donne un revenu et que les industries manufacturières n'y ajoutent rien, Quesnay en concluait que tous les impôts, sous quelque forme qu'ils soient établis, sont en définitive supportés par le propriétaire du sol. Directement ou indirectement toutes les taxes retombent sur la terre parce que la terre seule produit et peut payer. L'industrie manufacturière et le commerce ne sont, en somme, que des dépenses nécessaires à la charge de l'agriculture, qui supporte ces charges pour écouler ses produits. Les droits fiscaux exigés du commerçant et de l'industriel ne sont donc qu'une augmentation des frais imposés à l'agriculteur, et les industriels ou commerçants les recouvrent sur l'agriculteur en lui payant moins cher ses produits. La conclusion qu'en tiraient les physiocrates, c'est qu'il est inutile d'établir un système compliqué d'impôts multiples, et préférable de se borner à un impôt unique sur le revenu territorial. On éviterait, de cette manière, la multiplicité des régies financières, on réduirait les frais de perception et l'on diminuerait les gênes qui entravent la circulation des produits; car, l'impôt unique sur le revenu foncier étant une fois payé, la voie serait entièrement libre. Dans une de ses maximes économiques, Quesnay avança cette proposition : « Impôts de consommation, pauvres paysans; pauvres paysans, « pauvre royaume; pauvre royaume, pauvre souverain. »

Il ne suffit pas de dire, Messieurs, que la doctrine physiocratique fut une grande erreur; encore faut-il le prouver, puisque cette erreur a été partagée par toute une école d'hommes

Digitized by Google

éminents, par Dupont de Nemours, par Mercier de la Rivière, par l'abbé Beaudeau, par Letrosne, par Condorcet, enfin par Turgot qui fut l'homme d'État des économistes. Une erreur patronée par de tels noms est encore respectable, et nous lui devons les honneurs d'une discussion sérieuse.

L'industrie agricole, pas plus que l'industrie manufacturière et l'industrie commerciale, ne crée un atome de substance, le pouvoir de créer n'appartenant pas à l'homme. Qui que nous soyons, nous ne pouvons que transformer, combiner les choses matérielles, nous rendre mutuellement des services, et tous les services se valent du moment qu'on les accepte librement en échange d'autres services. D'après l'analyse des physiocrates, l'agriculture aurait pour mission de fournir des matières premières aux autres industries et celles-ci ne lui rendraient pas un service analogue. Or, l'agriculture emploie des produits chimiques fournis par les manufactures et des engrais transportés par le commerce, produits chimiques et engrais qui entrent comme matière première dans la production agricole. Il y a donc réciprocité entre toutes les industries pour la provision des matières premières, et la vérité est que nous échangeons des services contre des services, du travail contre du travail, sans que nul d'entre nous puisse prétendre au monopole de la production; car, partout où un travail crée de l'utilité, il y a un travail productif, qu'il consiste à extraire des fruits de la terre, à les transporter ou à leur donner une façon qui les approprie à nos besoins.

Si la doctrine est fausse dans son principe, elle doit l'être dans ses conséquences, et c'est là en effet surtout que se manifeste l'erreur des physiocrates.

En admettant que l'agriculture produise tout le revenu national, il est incontestable qu'une partie de ce revenu est cédée par l'agriculteur à l'industriel et au commerçant, en échange des services qu'ils rendent à l'agriculteur. Pourquoi l'impôt ne saisirait-il pas cette part du revenu agricole entre les mains des manufacturiers, des commerçants, et généralement de ceux qui exercent les professions, autres que celles qui se rattachent à l'agriculture? Les physiocrates faisaient remarquer qu'en augmentant, par des taxes, les charges du commerce et de l'industrie, on éléverait les dépenses de l'agriculture. Ils en donnaient pour raison que le commerce et

Digitized by Google

l'industrie lui feraient payer plus cher les services taxés que les services non taxés, de sorte que l'impôt retomberait indirectement sur l'agriculture. Rien n'était moins certain que ce résultat. L'agriculture ne dépend pas plus du commerce et de l'industrie que ceux-ci ne dépendent de l'agriculture; on peut même assurer que l'agriculture est la plus indépendante des professions, et qu'elle est en état de faire la loi aux autres plutôt qu'elle n'est obligée de la recevoir. Les commerçants qui gagnent payeront donc la taxe sur leurs bénéfices, et réduiront leurs profits plutôt que de faire retomber l'impôt sur les agriculteurs. Il est vrai que ceux qui font exactement leurs frais seront constitués en perte par l'établissement d'une taxe et que, par découragement, ils abandonneront la partie. Mais les maisons bien constituées acquitteront les impôts sur leurs bénéfices et ne les feront pas retomber sur l'agriculture. Il en est de même pour certains métiers ou professions très-lucratifs, auxquels l'impôt peut être demandé sans qu'il retombe sur l'agriculteur. C'est d'ailleurs une question bien difficile à résoudre que celle de savoir sur qui retombe l'impôt; s'il est supporté définitivement par ceux qui le payent ou s'il est répercuté sur d'autres par ceux qui en ont fait l'avance. L'incidence de l'impôt est une des questions les plus compliquées; sur certains points elle est insoluble, et je la comparerais volontiers à ces lois romaines que les commentateurs appellent avec effroi les *croix des interprètes* (*cruces interpretum*). On peut affirmer hardiment que les physiocrates erraient, au moins par exagération, lorsqu'ils affirmaient que les taxes de consommation retombaient toutes sur le propriétaire du sol.

Voici surtout où apparaît, jusqu'à l'évidence, le vice de la doctrine physiocratique. Supposons que tous les impôts soient accumulés sur la propriété foncière. Comment le propriétaire foncier se tirera-t-il d'affaire? Les physiocrates répondaient que son revenu sera augmenté par la suppression des taxes de consommation, et que le produit ayant la liberté entière de circuler se vendra plus cher, de sorte que l'agriculteur fera supporter l'impôt par d'autres que par lui, en le répercutant sur les acheteurs. On y aurait toujours gagné l'unité de régie, la simplification des rouages et la diminution des dépenses d'administration. Mais qu'auraient répondu les physiocrates, si on leur avait objecté l'exemple assez fréquent

Digitized by Google

des agriculteurs qui ne vendent rien, qui produisent seulement ce qui leur est nécessaire pour vivre, et qui n'ayant pas d'excédant à porter sur le marché, sont dans l'impossibilité de recouvrer les taxes au moyen d'une élévation des prix? Ceux-là auraient été bien et définitivement écrasés. Or, même avant 1789, cet exemple n'était pas rare puisque le tiers du sol appartenait aux petits propriétaires, et qu'à cette époque déjà, Arth. Young, le célèbre agronome anglais qui voyageait en France, se plaignait de ce que notre sol était trop divisé. Ce morcellement a été augmenté par l'effet des lois de la révolution et quoiqu'on s'effraye outre mesure de ce phénomène, quoiqu'on s'exagère ses progrès, il est incontestable cependant qu'il y a des cultivateurs, en très-grand nombre, qui ne produisent pas au delà de ce qu'il faut de subsistances pour entretenir eux et leur famille. On ne pourrait pas, sans injustice, les écraser d'impôts parce qu'ils seraient hors d'état de les acquitter, et que leur position de petits producteurs rendrait la répercussion impossible.

La doctrine des physiocrates choqua l'esprit de Voltaire et il entreprit de les réfuter dans *l'Homme aux quarante écus*, espèce de composition qui tient du dialogue et du récit, de la démonstration et du roman. L'ouvrage parut en 1768. L'année précédente avait été publié un ouvrage de Mercier de la Rivière, sous le titre de : *Ordre essentiel des sociétés.* Cet ouvrage avait fait à son auteur une telle notoriété, que l'impératrice Catherine le convoqua à la réunion des députés qui devaient se réunir à Moscou pour donner une législation à tous les sujets de l'empire de Russie. D'après la convocation, Mercier devait aller à Pétersbourg pour de là se rendre à Moscou, à la suite de l'impératrice; mais le physiocrate se fit attendre et l'assemblée se tint en son absence. On raconte que plus tard Mercier de la Rivière eut avec Catherine, avec la Sémiramis du Nord, la conversation suivante :

« La czarine. — Monsieur, pourriez-vous m'indiquer la meilleure manière de gouverner un État?

Mercier. — Madame, il n'y en a qu'une; c'est d'être juste et de faire exécuter les lois.

La czarine. — Mais sur quelle base est-il juste d'appuyer les lois d'un empire?

Digitized by Google

Mercier. — Il n'y a qu'une base, madame ; la nature des choses et des hommes.

La czarine. — Fort bien; mais quand on veut donner des lois à un peuple, quelles règles peuvent plus sûrement indiquer celles qui conviennent le mieux?

Mercier. — Donner ou faire des lois est une tâche, madame, que Dieu n'a laissée à personne.

La czarine. — A quoi réduisez-vous donc la science du gouvernement?

Mercier. — A reconnaître et à manifester les lois que Dieu a manifestement gravées dans l'organisation des hommes. Vouloir aller plus loin, serait un grand malheur et une entreprise téméraire.

La czarine. — Monsieur, je suis bien aise de vous avoir entendu ; je vous souhaite le bonjour. »

L'impératrice était imbue de l'idée que la puissance des souverains fait les lois et elle ne comprit pas l'idée générale, si juste et si vraie, de Mercier de la Rivière. Considérant l'auteur de l'*Ordre essentiel* comme un esprit chimérique, sans aucune portée pratique, Catherine ne regretta pas le retard qu'il avait mis à se rendre à Moscou.

Cet ouvrage déplut à Voltaire, suivant l'aveu qu'il a fait dans une lettre à Damilaville. Son bon sens était révolté par les conséquences que les physiocrates tiraient de leur théorie générale ; il était d'ailleurs offusqué par le succès de l'auteur. Je ne veux pas dire qu'il fût jaloux de la réputation de Mercier de la Rivière (Voltaire avait eu des succès d'un ordre supérieur tellement qu'il y aurait eu, de sa part, non-seulement petitesse mais ridicule à s'inquiéter de la réputation de Mercier) ; mais il était fatigué de tout ce bruit comme l'Athénien qui ne pouvait plus supporter qu'on parlât d'*Aristide le Juste*. Voltaire composa *l'Homme aux quarante écus*, où les théories de Mercier furent livrées à la risée publique et, il faut en convenir, plutôt raillées que réfutées.

D'où vient d'abord ce titre piquant qui tout de suite attire l'attention (je puis même ajouter qu'il a attiré du monde à cette conférence) : *l'Homme aux quarante écus?* Quoique la statistique ne fût pas très-avancée à cette époque, on avait calculé d'une manière, à peu près exacte, que la population de la France

Digitized by Google

s'élevait à environ 20 millions d'habitants[1]. Des calculs approximatifs évaluaient la contenance du sol de la France à 130 millions d'arpents, dont la moitié seulement était cultivée. On ne peut compter que 75 millions d'arpents en rapport, « mais, ajoutait Voltaire, mettons-en 80 millions; on ne saurait trop faire pour sa patrie. » — Le rapport de chaque arpent ne pouvait pas être porté à plus de 25 livres par an : « Mettons-en 30, disait Voltaire, pour ne pas trop décourager nos concitoyens. » Les 80 millions d'arpents à 30 livres donnaient un revenu foncier de 2,400,000,000. — Cette somme de revenu, partagée entre 20 millions d'habitants, donnait une moyenne de 120 livres ou de 40 écus, le petit écu valant 3 livres. L'homme aux 40 écus est donc celui qui n'a pas au delà de la moyenne du revenu individuel foncier, c'est-à-dire le rapport de 4 arpents. Pour compléter cette statistique, Voltaire ajoute que la moyenne de la vie humaine est de vingt-trois ans, d'après les calculs accrédités à cette époque, c'est-à-dire selon les tables de Deparcieux. Il en faut retrancher l'enfance, le sommeil, l'ennui, et il ne reste qu'environ une moyenne de six ans « passés dans les douleurs, les chagrins, quelques plaisirs et « l'espérance. »

Voltaire suppose qu'un édit conforme aux opinions émises dans *l'Ordre essentiel des Sociétés*, par Mercier de la Rivière, a porté l'impôt unique sur la terre à la moitié du revenu foncier. Le pauvre homme aux quarante écus, qui est obligé d'en donner vingt, se plaint de la puissance *législatrice* et *exécutrice*. « Il « parut quelques édits de quelques personnes qui, se trouvant « de loisir, gouvernent l'État du coin de leur feu. Le préam- « bule de ces édits était que *la puissance législatrice et exécu- « trice est née de droit divin copropriétaire de la moitié de ma « terre*, et que je lui dois au moins la moitié de ce que je « mange. L'énormité de l'estomac de la puissance législatrice « et exécutrice me fit faire un grand signe de croix. Que serait- « ce si cette puissance, qui préside à *l'ordre essentiel des socié- « tés*, avait ma terre en entier! l'un est encore plus divin que

[1] Vauban, dans la *Dîme royale*, portait le chiffre à 19 millions et demi pour l'année 1700. En 1762, d'Expilly évaluait le total de notre population à plus de 21 millions. Voltaire donne un chiffre qui a le double mérite d'être un nombre rond et une moyenne.

Digitized by Google

« l'autre. » — Il se plaint d'autant plus vivement, qu'il trouve un gros homme jouflu et vermeil qui avait 400.000 livres de rentes gagnées dans les spéculations commerciales, et qui promenait sa rubiconde personne dans un carrosse à six chevaux. Or, le naïf homme aux quarante écus lui demande s'il paye la moitié de son revenu, c'est-à-dire 200,000 livres au souverain : « Moi, dit-il, que je contribue aux dépenses publiques! vous « voulez rire, mon ami. J'ai hérité d'un oncle qui a gagné « 8 millions à Cadix et à Surate; je n'ai pas un pouce de terre; « tout mon bien est en contrats, en billets sur la place; je ne « dois rien à l'État; c'est à vous à donner la moitié de votre « subsistance, vous qui êtes un seigneur terrien. » — L'argument qui se trouve sous cette forme plaisante, c'est que les industries les plus productives ne seraient pas atteintes par l'impôt tandis que les plus pauvres propriétaires seraient frappés. La réfutation n'était pas complète et, pour la rendre telle, il y avait à démontrer que les impôts payés par ce gros capitaliste ne seraient pas retombés sur les propriétaires fonciers avec lesquels il était en rapport. Pour cela, il aurait fallu faire une analyse des phénomènes économiques qui aurait montré le vice de la doctrine physiocratique. Cette analyse est faite d'une manière à peu près exacte dans un passage où Voltaire montre que l'industriel et le commerçant s'enrichissent en prenant une part sur le produit agricole. « Cette industrie (la fabrication « des tissus) vous a certainement ôté une partie de vos « 120 livres et se les est appropriées, en vous vendant vos « chemises et votre habit plus cher qu'ils ne vous auraient « coûté si vous les aviez faits vous-même. » Il est donc juste que cette industrie contribue aux charges de l'État. Toute la question ne se réduit pas à cela puisqu'il s'agit de savoir si le résultat est possible, et si les sommes exigées de l'industriel et du commerçant ne seront pas répétées contre l'agriculteur. C'est ce que Voltaire n'examine pas, et c'est en cela cependant que devait consister toute la réfutation de *l'Ordre essentiel*. — Plus loin, il ajoute une plaisanterie sur le système de l'impôt unique : L'homme aux quarante écus interroge le géomètre pour savoir si d'autres pays jouissent de ce beau privilége de l'impôt unique : « Pas une nation opulente, « répond le géomètre. Les Anglais, qui ne rient guère, se sont « mis à rire quand ils ont entendu que des gens d'esprit

Digitized by Google

« avaient proposé parmi nous cette administration. Les Chi-
« nois exigent une taxe de tous les vaisseaux marchands qui
« abordent à Canton ; les Hollandais payent à Nagansaqui,
« quand ils sont reçus au Japon, sous prétexte qu'ils ne sont
« pas chrétiens ; les Lapons et les Samoièdes, à la vérité, sont
« soumis à un impôt unique en peaux de martres ; la répu-
« blique de Saint-Marin ne paye que des dîmes pour entretenir
« l'État dans sa splendeur. » Voilà la réfutation de Voltaire contre les physiocrates et contre l'impôt unique ; elle est, comme vous le voyez, loin d'être complète, et tout en reconnaissant qu'elle est étincelante d'esprit, il est impossible de ne pas ajouter qu'elle a le défaut d'être superficielle. Voltaire a élevé contre la physiocratie le cri du bon sens qui se révolte instinctivement contre une erreur, mais il n'a pas mis à nu le défaut scientifique de cette doctrine.

La situation financière de l'époque était tellement embarrassée, l'opinion publique si inquiète et le gouvernement si perplexe, que chacun se mit à rêver des moyens d'y porter remède. On vit naître beaucoup de projets, chimériques pour la plupart, inspirés, les uns par une bonne volonté peu éclairée, les autres par le désir de se faire valoir. Voltaire a fustigé tous ces produits de la niaiserie ou du charlatanisme dans un passage où il raconte une visite de l'homme aux quarante écus chez le contrôleur général des finances. « Des hommes d'un génie profond
« lui présentèrent des projets. L'un avait imaginé de mettre un
« impôt sur l'esprit. — Tout le monde, disait-il, s'empressera
« de payer, personne ne voulant passer pour un sot. — Le mi-
« nistre lui dit : Je vous déclare exempt de la taxe.

« Un autre proposa d'établir l'impôt unique sur les chansons
« et sur le rire, attendu que la nation était la plus gaie du
« monde et qu'une chanson la consolait de tout. — Mais le
« ministre observa que, depuis quelque temps, on ne faisait
« plus guère de chanson plaisante, et il craignait que, pour
« échapper à la taxe, on ne devînt trop sérieux.

« Vint un brave et sage citoyen qui offrit trois fois plus en
« faisant payer par la nation trois fois moins. — Le ministre
« lui conseilla d'apprendre l'arithmétique [1]. »

[1] La critique de Voltaire sur ce troisième point n'est pas juste ; car des expériences récentes ont démontré qu'avec une taxe trois fois moins élevée

Digitized by Google

Je ne voudrais pas laisser à mon auditoire une impression pénible sur le sort de *l'Homme aux quarante écus*. Tous ses maux sont réparés par la succession d'un oncle opulent et par un mariage qui le rend heureux. Le bonheur qui succède à des années si douloureuses rend son caractère bienveillant, et il passe la fin de sa vie dans une condition douce dont il fait profiter les autres; car il reçoit ses amis et donne des soupers à des hommes d'esprit. M. André (c'est le nom de l'homme aux quarante écus) a l'humeur conciliante; il calme facilement les partis les plus extrêmes et les plus irrités. Ainsi à un de ces soupers s'élève, entre des docteurs d'opinion adverse, une controverse très-vive sur le point de savoir si l'âme de l'empereur Antonin est ou non en enfer. M. André invite les damnants et les damnés, « et, quand ils furent un peu « en pointe de vin, il leur fit signer que l'âme de Marc-Antonin » resterait *in statu quo*, c'est-à-dire je ne sais où, en attendant « un jugement définitif. » A partir de ce moment, les discussions se terminent souvent par cette réflexion devenue à peu près proverbiale : « Messieurs, allez souper chez M. André. »

Le mariage de *l'Homme aux quarante écus* fournit à Voltaire l'occasion d'aborder des sujets scientifiques et de railler des théories scientifiques très-diverses. Ici je m'arrête. Le sujet sort de ma compétence, et vous trouveriez fort singulier qu'un économiste se permît d'empiéter sur le domaine des savants qui parlent le vendredi dans cette enceinte. Alors même que la capacité ne me ferait pas défaut, je me garderais bien de suivre Voltaire dans les questions où il engage ses lecteurs. Il aborde des mystères difficiles à exposer autrement qu'en latin, et entre dans des détails dont seraient offensées les chastes oreilles qui m'entendent.

D'ailleurs l'horloge m'avertit qu'il est temps de finir et me reproche d'avoir trop prolongé cet entretien. Je ne voudrais cependant pas me séparer de vous sans avoir donné quelques aperçus généraux qui seront comme le résumé et la conclusion des développements précédents.

Voltaire, Messieurs, peut être examiné à bien des points de

on peut, par une grande augmentation de la consommation, attirer dans les caisses du Trésor une somme supérieure à celle que rapportaient les anciennes taxes.

Digitized by Google

vue, puisqu'il fut doué d'un esprit universel, qu'il aborda toutes les matières et tous les genres, et qu'un grand génie de l'Allemagne a pu dire de lui : « Quand la nature eut produit Voltaire « elle se reposa. » — Je ne prendrai de ce grand homme qu'un seul côté pour mieux approprier la fin de mon entretien avec le commencement. Je ne veux pas juger le poëte, l'historien l'auteur du *Traité de la tolérance*, le philosophe même, et je ne m'occuperai que du rôle qu'il a joué en matière scientifique.

Incontestablement Voltaire a rendu de grands services à la science; *directement* en exposant les doctrines des autres et particulièrement en vulgarisant les doctrines de Newton; *indirectement* en ouvrant l'esprit de ses contemporains et en les rendant capables de comprendre les grands travaux scientifiques de l'époque. Il n'était cependant pas un savant véritable, et les travaux qu'il a faits pour concourir à l'Académie lui furent inspirés plutôt par le désir du renom que par un sincère attachement à la science. Il comprit à temps qu'il ne serait jamais qu'un savant médiocre, et il revint à ses études ordinaires après avoir, pour ainsi dire, satisfait une simple fantaisie scientifique.

Non-seulement Voltaire ne fut pas un savant, mais il ne professa pas pour les savants le respect auquel ont droit ces chercheurs inquiets et désintéressés de la vérité. Il ne s'inclina que devant les théories adoptées, devant les positions faites, et ne prononça pas une parole d'encouragement pour ceux qui luttent courageusement en faveur d'une idée nouvelle, pour ces héros qui frappent avec ardeur à la porte de l'inconnu, afin de forcer les mystères à s'ouvrir, pour ces hommes qui caressent leurs découvertes avec passion et qui ont droit au respect qu'obtient la maternité douloureuse. Il fut trop inclin à traiter ces intrépides chercheurs d'esprits chimériques, à les railler et à les accuser de charlatanisme. Ne l'oublions pas, c'est la science qui gouverne le monde, parce que c'est elle qui découvre les lois générales auxquelles l'univers physique et moral obéit. Toutes les révolutions profondes, celles qui ont duré, celles qui ont répandu des bienfaits sur les sociétés ont été faites par des savants, et beaucoup des avantages dont nous jouissons sont dus à la patience, au dévouement de quelques hommes que le monde a raillés, avant et après Voltaire.

Digitized by Google

Oui, Voltaire, sous ce rapport, a donné le mauvais exemple, et il l'a donné principalement dans *l'Homme aux quarante écus*. Voyez qu'elle a été sa conduite envers l'école de Quesnay. Cette école avait fondé une science nouvelle, mis à découvert une vérité fondamentale, dégagé les lois sociales, qui sont éternelles, des questions politiques, qui passent. Voltaire a-t-il exalté cette école pour ce qu'elle avait fait de bien, pour la partie organique de son œuvre? Non, il n'a pas parlé de la partie vraie, et l'on peut dire qu'il a vu naître, sous ses yeux, une science nouvelle sans la reconnaître et lui rendre hommage. Les mêmes hommes ont adopté une erreur, la soutiennent avec obstination et en tirent des conséquences inacceptables; c'est par là qu'il les prend, les attaque et les livre à la risée publique. Un homme doué du véritable esprit scientifique aurait, au contraire, exalté la partie vraie et réfuté avec bienveillance la partie fausse. Autre grief! Le maréchal Vauban était bien l'auteur de *la Dîme royale*, et je vous ai dit que, après la mort de l'illustre maréchal, son projet avait été repris et modifié par Boisguillebert. Voltaire, dans *l'Homme aux quarante écus*, se moque de *la Dîme royale*, qu'il prétend avoir été attribuée faussement à Vauban, et dit assez dédaigneusement qu'elle était d'un *certain Boisguillebert*, comme si un bon livre ne lui paraissait digne d'être loué qu'autant qu'il vient d'un personnage.

Il faut que je le dise, et je dis avec regret, c'est Voltaire qui a donné le ton aux hommes du monde pour la manière dont ils traitent les savants et la science. Certes je puis en parler avec un grand désintéressement, puisqu'à aucun titre je n'ai le droit de prendre cette qualité; il ne serait d'ailleurs pas juste d'adresser mes doléances à ceux qui m'entendent, puisqu'ils ont une bienveillance extrême, non-seulement pour les vrais savants, mais pour celui qui, aujourd'hui, en usurpe la place. N'imitons pas les railleries de Voltaire, que je trouve funestes au développement scientifique; mais, si nous les imitons, que ce soit à la condition d'avoir autant d'esprit que lui et d'avoir rendu les mêmes services à la culture générale de l'esprit humain. Ces deux conditions auront, je le crois, le bon résultat de diminuer beaucoup le nombre des railleurs. Si, après cette réduction, il reste encore quelques moqueurs qui soient capables d'imiter Voltaire,

Digitized by Google

je les prie de renoncer à leurs droits et de venir à nos soirées de la Sorbonne. Je suis assuré que, cédant à l'influence du milieu où nous parlons, ils imiteront l'extrême bienveillance que cet auditoire accorde aux hommes de bonne volonté et que, sous la plume des critiques, les paroles d'encouragement remplaceront la meurtrière plaisanterie.

NOTICE HISTORIQUE

SUR

LA VIE ET LES TRAVAUX DE M. DE SAVIGNY,

Associé étranger de l'Académie

Par M. MIGNET,
secrétaire perpétuel de l'Académie des sciences morales et politiques;

Lue à la séance publique annuelle du 17 décembre 1861.

En matière de droit, comme en bien des choses, deux méthodes se sont partagé les esprits, et la règle s'est produite sous deux formes. L'une de ces méthodes est surtout spéculative; l'autre est plus particulièrement expérimentale. Par la première, la contemplation abstraite des principes pousse à établir le droit dans toute sa plénitude, conformément au type idéal que s'en est formé la raison; par la seconde, l'examen des dispositions légales comparées aux faits sociaux, en donnant la connaissance réfléchie de ce qui a été, conduit à l'établissement opportun de ce qui doit être, conseille de mesurer les perfectionnements des lois aux progrès des États, et de façonner pour ainsi dire les éléments du passé aux besoins du présent.

De là deux écoles : l'école du droit absolu, l'école du droit relatif; l'école philosophique, l'école historique. Ces deux écoles, qui ont le mérite incontestable et divers de faire avancer l'humanité par élan ou de la régler avec convenance, sont

Digitized by Google

aussi sujettes aux dangereux défauts que donnent les précipitations de la théorie ou les timidités de la pratique. L'une, considérant avant tout ce qui lui paraît juste, est disposée à trop entreprendre et peut se jeter avec une généreuse inadvertance vers l'avenir; l'autre, ayant surtout en vue ce qui lui semble possible, est exposé à ne pas oser assez et à s'entretenir avec une prudence extrême dans le passé. Ces deux écoles, qui marquent deux tendances différentes de l'esprit humain, et qui ont influé par des moyens divers sur la marche du droit et la forme des législations, ont eu pour représentants de hardis penseurs et des savants profonds. M. de Savigny a été, de nos jours, en jurisprudence, le chef glorieux de l'école historique. Le grand titre d'associé étranger de l'Institut de France, qu'ont porté de si grands hommes, a, pendant vingt-cinq ans, appartenu à M. de Savigny. L'Académie des sciences morales et politiques le lui avait conféré comme au plus éminent représentant de la science du droit, comme à l'auteur de nombreux et mémorables ouvrages, à l'homme d'État qui sut appliquer avec sagesse et avec mesure cette même science juridique qu'il avait illustrée par ses livres et par son enseignement.

Frédéric-Charles de Savigny naquit le 21 février 1779, à Francfort sur le Mein. Il descendait d'une noble famille française et protestante du pays de Metz, établie depuis un siècle et demi en Allemagne. — Paul de Savigny, trisaïeul de Frédéric-Charles, quitta la France vers 1630, mais non comme tant d'autres protestants le firent plus tard, pour chercher un abri contre la persécution. Il s'engagea, bien jeune encore, dans l'armée suédoise et prit part à la guerre de Trente ans sous Gustave-Adolphe et sous Baner et Tornstenson, les glorieux successeurs du grand capitaine tombé sur le champ de bataille de Lutzen.

Paul de Savigny, après avoir servi vaillamment jusqu'à la paix de Westphalie, nommé gouverneur de Vieux-Linange, petite forteresse de l'empire, mourut l'année même où Louis XIV révoqua l'édit de Nantes. Jouissant en Allemagne d'une heureuse sécurité religieuse, les Savigny n'y furent pas sans quelque importance politique. Le bisaïeul de Frédéric-Charles, conseiller privé du prince souverain de Nassau, obtint la présidence de Weilbourg; son aïeul fut directeur de la régence

Digitized by Google

des Deux-Ponts; et son père, Chrétien-Charles-Louis, représenta, comme ministre, le Nassau et plusieurs princes de l'empire à l'assemblée du Cercle du Haut-Rhin qui tenait ses séances et réglait ses affaires à Francfort.

C'est dans cette vieille et libre cité que Savigny passa ses premières années, auprès d'un père habile qu'il perdit bien jeune, mais dont il n'oublia jamais les leçons. De bonne heure aussi, il fut privé des enseignements comme de la tendresse de sa mère, femme pieuse et éclairée, qui l'éleva dans les sévères principes du christianisme réformé et lui apprit, surtout dans les tragédies de Racine, la belle langue qu'avaient parlée ses ancêtres. Resté orphelin à l'âge de treize ans, le jeune Savigny fut confié à un ami de sa famille, M. de Neurath, l'un des vingt-cinq assesseurs de la chambre qui rendait la justice de l'empire à Wetzlar. Il y suivit son tuteur, qui commença tout aussitôt à l'instruire dans le droit.

On ne peut pas dire qu'on naisse jurisconsulte, ainsi qu'on naît poëte. Cependant M. de Savigny sembla voué à la connaissance du droit par une aptitude naturelle tout autant que par une étude précoce. Le savant conseiller de la chambre impériale de Wetzlar entreprit de lui apprendre en deux ans le droit naturel et le droit des gens, le droit germanique et le droit romain. Ce cours de droit presque universel, tiré de cahiers fort secs, exposé en axiomes dont la raison philosophique ne donnait pas l'explication et auxquels la raison historique ne prêtait pas son intérêt, était tout à la fois pesant et superficiel, manquait de solidité et, comme on le pense bien, n'offrait aucun agrément. Il ne rebuta pourtant pas Charles de Savigny, et, ce qui était beaucoup, l'éducation ne nuisit pas à la vocation.

Bientôt elle fit mieux; elle y aida. Envoyé, en 1796, à l'université de Marbourg, Savigny y rencontra un professeur docte et bienveillant, qui pressentit le futur jurisconsulte dans le curieux étudiant, et lui ouvrit tous les trésors du droit en mettant la plus riche bibliothèque à sa disposition. Savigny étudia auprès de M. Weis le droit dans ses textes originaux, et ne dédaigna même pas de consulter les glossateurs qui s'en étaient faits les interprètes dogmatiques. De Marbourg, il alla passer une année dans la célèbre université de Göttingue, où il assista aux dernières leçons qu'y donna l'historien Spittler, dont l'élo-

Digitized by Google

quente parole et les vues élevées le frappèrent singulièrement.

Il y a toujours de l'intérêt à savoir comment les hommes supérieurs se sont formés et à quelles sources diverses ils ont puisé. M. de Savigny, qui devait pénétrer jusqu'à l'esprit caché du droit, arriver à la science par l'histoire, porter l'art de composer et le talent d'écrire dans les matières de législation et de jurisprudence, eut trois maîtres dont il reconnut l'influence sur la direction de ses travaux, la formation de ses idées et les perfectionnements de son style : le sage professeur Weis, le savant historien Spittler et le grand écrivain Goethe. Si du premier il avait appris à étudier les purs monuments du droit, s'il s'était imbu, en écoutant le second, des méthodes qui, à travers les sûres voies de l'histoire, conduisent aux justes conclusions de la théorie; en lisant le dernier, dont il admirait les ouvrages dans leur noble simplicité et leur éclat naturel, il se façonna au bel art, trop rarement pratiqué en Allemagne, d'exprimer sa pensée avec clarté, de donner aux œuvres de l'esprit cette forme régulière et élégante qui les conserve, d'en disposer les parties dans cet ordre heureux qui en fait l'harmonie en même temps que la solidité, et de rendre plus attrayantes les vérités qui instruisent en y ajoutant avec mesure les ornements qui plaisent. Il faut dire encore que M. de Savigny, Allemand par la naissance et l'éducation, restait Français par le sang, et que, joignant aux qualités acquises dans le pays où il avait vu le jour les qualités naturelles au pays d'où étaient sortis ses ancêtres, il mit en œuvre le savoir d'un Allemand avec l'habileté d'un Français.

En 1800, Savigny termina le cours de ses études juridiques qu'une maladie causée par les fatigues d'un travail excessif l'avait, en 1797, forcé d'interrompre. Il prit le grade de docteur à Marbourg à l'âge de vingt et un ans, marquant ainsi sa majorité dans la science en même temps qu'il l'atteignait dans la vie. La thèse qu'il soutint sur une question délicate de droit criminel et dans une latinité élégante, n'est pas restée sans célébrité. Lorsque plusieurs délits sont compris dans une même accusation, quelle peine faut-il appliquer? M. de Savigny examine et résout ce problème pénal à l'aide d'une science déjà remarquable et selon l'esprit modéré du temps [1].

[1] La thèse de M. de Savigny, *De concursu delictorum formali*, a été plusieurs fois réimprimée.

Digitized by Google

Devenu docteur, il se fit professeur. Selon l'usage pratiqué dans les universités de son pays, il ouvrit, comme *privat docent*, des cours libres qui, transformés plus tard en cours publics, furent continués durant cinquante années jusque dans les plus hautes positions qu'atteignit sa fortune. De 1800 à 1804, ces cours privés, attestant à la fois son savoir étendu et la vigueur précoce de son esprit, roulèrent sur le droit criminel qui avait tant occupé la pensée plus humaine du XVIIIe siècle; sur les dix derniers livres des Pandectes de Justinien, cette compilation si célèbre qu'un habile légiste allemand, le professeur Thibaut, essayait, comme l'avait proposé Leibnitz, de classer dans un ordre naturel; sur les fragments d'Ulpien, l'un des cinq grands jurisconsultes de l'empire romain, dont la pensée juridique devint la législation de l'univers; sur le droit de succession et la théorie des obligations, qui, de la raison publique et des livres de Pothier, allaient bientôt passer dans le Code civil de la France; sur les Institutes, qui contenaient les principes fondamentaux du droit et sur la méthode qui pouvait en déterminer avec certitude l'ordre et l'application; enfin sur l'histoire du droit qu'il était destiné à éclaircir et presque à renouveler dans un livre immortel.

Le jeune maître n'eut tout d'abord que six élèves. Mais parmi ses auditeurs il y en eut deux, les frères Jacob et Guillaume Grimm, qui peuvent être mis au nombre de ses plus beaux ouvrages; car ce qu'ils devinrent, ils le lui durent. Formés à son école et s'inspirant de son esprit, comme ils le proclamèrent avec une sincérité reconnaissante, les deux Grimm éclairèrent plus tard les obscurs et lointains domaines de la vieille Allemagne. Reproduisant ses poétiques légendes, son droit symbolique et les créations de sa mythologie; expliquant la formation générale de sa langue, et ramenant, par une comparaison pour ainsi dire anatomique, ses divers dialectes à des lois d'après la nature même des sons et la combinaison des formes; éclaircissant la construction primitive de sa grammaire qu'un génie plus libre et plus hardi que régulier laisse dans une indépendance un peu confuse; retraçant enfin, par leur savant dictionnaire, les changements introduits dans le sens et dans l'emploi des mots depuis Luther, le créateur de sa prose, jusqu'à Goethe son meilleur modèle, ces deux frères sont devenus dans leurs œuvres nombreuses, et sous l'impulsion de

Digitized by Google

M. de Savigny, les plus sûrs historiens des antiquités de leur pays, les interprètes de ses usages et de ses croyances, les législateurs de ses idiomes.

Pendant qu'il formait de semblables disciples, M. de Savigny préparait le livre le plus curieux sur un des points les plus difficiles de la législation romaine. En 1803, il publia son célèbre *Traité de la possession*. Qu'est-ce que la possession civile et quel est son caractère essentiel? Distincte de la possession naturelle, elle n'est pas la simple détention d'une chose, elle est le moyen juridique de l'acquérir. A la réalité de la jouissance qu'elle en donne, il faut que s'ajoute le sentiment du droit en vertu duquel on en jouit; en un mot, dans l'acte du possesseur doit se trouver l'esprit du propriétaire.

Ainsi considérée, la possession a deux moyens de s'établir et de se perpétuer. Elle se transforme, dans certaines conditions que détermine Savigny, en propriété par l'*usucapion* qui, selon sa signification, lui permet de se fonder à l'aide de l'usage; elle se maintient par les *interdits possessoires*, qui lui offrent l'assistance de la justice, contre toute tentative violente destinée à la troubler ou à la détruire. L'usucapion l'institue, les interdits la conservent ou la rétablissent; l'une lui donne l'appui fécond du temps, les autres lui procurent les sauvegardes protectrices du juge.

Simple dans sa conception, très-complexe dans son développement, tirant tous ses procédés de son principe, plaçant la suite variée des cas particuliers dans un harmonieux accord, tout à la fois ingénieuse et sensée, subtile et vaste, cette importante théorie de la possession, qui montrait l'établissement de la propriété par la transformation du fait en droit, et déterminait sur les points les plus délicats les règles de la société civile d'après les indications de la raison naturelle, cette théorie que notre docte, profond et perspicace Cujas n'avait pas bien comprise, que le hardi Doneau avait seul entrevue, et qui, depuis trois siècles, avait échappé à l'exacte appréciation des jurisconsultes les plus habiles comme les mieux instruits, était retrouvée, exposée, démontrée par un jeune homme de vingt-quatre ans.

M. de Savigny, après en avoir découvert le fond avec une sagacité merveilleuse, en montra le mécanisme avec une clarté supérieure. Pénétrant en érudit dans les faits de la possession

Digitized by Google

dont il développa les lois en géomètre, il se fit vieux Romain par le savoir et se montra grand jurisconsulte par la doctrine. Il en embrassa tout l'ensemble comme il en expliqua chaque particularité dans l'ouvrage aussi fin que concluant où rien n'était omis de ce qui touchait à la matière de la possession, soit pour en indiquer la prévoyante économie, soit pour en déployer la procédure originale. Ce beau livre, qui eut coup sur coup des éditions multipliées, fut justement admiré, prépara une révolution dans l'étude du droit romain et commença une grande renommée.

Avec cet éclatant succès, des offres flatteuses arrivèrent de divers côtés à M. de Savigny. Plusieurs Universités voulurent se l'attacher, et on lui proposa d'enseigner le droit dans les chaires publiques de Heidelberg et de Greifswald; il refusa. Il avait alors d'autres desseins. Il songeait plus à se fortifier dans l'étude de la science qu'à la propager. Il venait de se marier. En même temps que l'écrivain recevait les doux rayons de cette première gloire qui devait toujours s'accroître sans jamais se ternir, l'homme goûtait ces joies pures et profondes que l'affection la plus tendre pour une femme parfaite de cœur, distinguée d'esprit, devait lui assurer durant sa longue union, où pas un seul jour de trouble n'a traversé cinquante-huit ans de bonheur. Il épousa Mlle Brentano, fille d'un banquier italien établi à Francfort, et petite-fille de Sophie de Laroche, l'amie célèbre et spirituelle de Wieland, de Goethe, de Lavater et de Jacobi. C'est chez la mère de Mme de Savigny que se conservait, comme une relique du génie, la table sur laquelle avaient été écrites les touchantes aventures du jeune Werther. Les talents abondaient dans cette famille. Mme de Savigny était sœur du poëte Clément Brentano et de Mme d'Arnim, cette fameuse Bettina qui avait dans l'âme tant de poésie, dans le caractère tant d'originalité, à laquelle le désœuvrement de la sensibilité et l'intempérance de l'admiration inspirèrent, pour Goethe déjà vieux, cet amour hardi et naïf dont la capricieuse expression remplit en partie la correspondance singulière qu'elle-même a innocemment publiée après la mort de Goethe, et que se plut à lire l'Allemagne séduite par les élans d'un enthousiasme passionné pour son grand homme, et par le charme d'une éblouissante fantaisie.

Presque aussitôt après son mariage, M. de Savigny entreprit

Digitized by Google

un voyage de découverte à travers l'histoire du droit. Il alla visiter les manuscrits des bibliothèques d'Allemagne, de France et d'Italie. Il projetait déjà le savant ouvrage qui gardera le mieux sa renommée. Avant de construire l'édifice, il voulut en recueillir tous les matériaux. Accompagné de sa jeune femme, il explora successivement les bibliothèques de Heidelberg, de Stuttgart, de Tubingue, de Strasbourg. Avec les richesses qu'il avait amassées, il partit pour Paris, et se logea, rue de Richelieu, en face de la grande bibliothèque, où il devait en trouver de plus abondantes encore. Une douloureuse surprise l'attendait. En arrivant, il ne vit plus, derrière sa voiture, la malle qui renfermait les documents déjà recueillis. Un voleur l'en avait détachée avec une adresse dont il ne dut pas s'applaudir en l'ouvrant. Il avait mis la main sur des commentaires du droit, en croyant s'emparer des dépouilles d'un opulent étranger. M. de Savigny n'avait pas moins fait une très-grande perte, et il eut tout à recommencer. Il s'y décida avec une courageuse ardeur. Il appela, du fond de la Hesse, Jacob Grimm, son zélé disciple et fidèle ami, et tous deux, secondés par Mme de Savigny et par l'une de ses sœurs, Mlle Sophie Brentano, se mirent à compulser, à extraire, à transcrire les nombreux manuscrits qui intéressaient la science du droit et son histoire. La diligente colonie se rendait tous les matins dans les salles de la Bibliothèque, aussitôt qu'elles étaient ouvertes, pour n'en sortir qu'à la dernière minute, lorsque les gardiens adressaient à ceux qui ne partaient pas assez vite ces invariables paroles : « Il est deux heures, messieurs, tâchons de nous en aller. » Avec une assiduité obstinée, M. de Savigny parcourut les points inexplorés du fécond domaine juridique du moyen âge et de la renaissance, et il en rapporta la plus riche moisson de curieux extraits, de doctes commentaires, de correspondances originales, dont faisaient partie de précieuses lettres du grand Cujas, qu'il était appelé à ressusciter pour le XIXe siècle.

De retour dans son pays, tout en méditant l'ouvrage qu'il publia plus tard, M. de Savigny reprit l'enseignement du droit. Le nouveau roi de Bavière, Maximilien, dont l'État, agrandi par la France aux dépens de l'Autriche, venait d'être érigé d'électorat du Saint-Empire en royaume indépendant, avait fondé à Landshut une université où se rendirent les professeurs de l'université supprimée d'Ingolstadt et qu'il voulut illustrer

Digitized by Google

en y appelant M. de Savigny. M. de Savigny accepta la chaire qui lui fut offerte, et, de 1808 à 1810, il enseigna le droit avec un immense éclat dans l'Allemagne méridionale.

M. de Savigny était un incomparable professeur. Sa noble figure, son grand air, ses expositions bien ordonnées, ses idées nettes et fortes, son langage tranquillement limpide et toujours correct, une voix mâle que relevait encore un accent persuasif, produisaient sur ceux qui l'écoutaient une impression profonde. Au savoir le plus étendu, et toujours présent, il unissait un don naturel de déduction claire et de démonstration élégante. La supériorité précoce de ses connaissances, qui lui donnait une confiance sereine, inspirait aux autres une admiration presque passionnée. Il ne rendait pas seulement la science accessible, il la rendait attrayante, et, en même temps qu'il la faisait comprendre, il la faisait aimer. Il animait le droit, en montrait la formation naturelle, en retraçait le développement historique, ne se bornait point à en expliquer les grandes théories à ses élèves, et leur apprenait à en résoudre les plus délicats problèmes. Il leur communiquait ainsi sa méthode en même temps que son savoir, et décidait bien souvent de leur vocation. Beaucoup d'entre eux purent dire comme Jacob Grimm : « Les cours de Savigny ont eu pour moi le plus puissant intérêt; ils ont exercé sur ma vie et sur mes études une influence décisive. » Les disciples devenaient même des croyants : ils étaient convaincus que ce qu'ils apprenaient de lui ne pouvait pas être autrement qu'il ne le disait. Son action sur eux n'était pas uniquement scientifique, elle était aussi morale et presque religieuse. A leurs yeux il était le prêtre du droit, et, plusieurs d'entre eux, par exemple, ont réglé leur vie selon la doctrine qu'il faisait servir d'introduction à son chapitre sur les hautes et saintes obligations du mariage. Tous le vénéraient et le chérissaient.

Aussi, au mois de mai 1810, furent-ils très-émus lorsqu'ils apprirent que M. de Savigny était prêt à partir de Landshut et que ses leçons allaient manquer à leur instruction et sa présence à leur attachement. Ils remplissaient sa demeure, emballaient eux-mêmes sa bibliothèque, et ne pouvaient se décider à le quitter. La belle-sœur de M. de Savigny, Bettina, alors auprès de lui, écrivait à Goethe : « Les étudiants l'entourent comme un essaim d'abeilles. Il n'y en a pas un qui

Digitized by Google

n'ait la conviction de perdre non-seulement un très-grand maître, mais un bienfaiteur. » Dépeignant ensuite le départ de Landshut et la touchante séparation de Savigny et de ses élèves : « Toute l'université, dit-elle, était rassemblée devant et dans la maison; beaucoup d'étudiants étaient en voiture ou à cheval, ne voulant pas prendre brusquement congé de l'admirable ami et professeur. On distribua du vin, et ce fut aux cris non interrompus de : Vive Savigny! qu'on sortit de la ville. Les cavaliers accompagnaient la voiture. Sur une montagne, où le printemps ouvrait tout justement les yeux, les professeurs et les personnes graves firent solennellement leurs adieux; les autres nous accompagnèrent une station plus loin. Tous les quarts de lieue, nous trouvions en chemin des groupes d'étudiants qui étaient allés en avant, afin de voir une dernière fois Savigny..... A l'auberge de la Poste, beaucoup nous quittèrent en se détournant pour cacher leurs larmes. Un jeune Souabe avait couru plus loin, et, debout, dans le champ, il agitait son petit mouchoir, tandis que les pleurs l'empêchaient de lever les yeux, au moment où la voiture passa devant lui. » Six d'entre eux suivirent encore Savigny jusqu'à Salzbourg, et, sur le pont de la Salza, lui adressèrent un dernier adieu de reconnaissance et d'affection.

Où allait-il? à Berlin. Une grande université venait d'être créée dans cette ville, et M. de Savigny s'y rendait, comme il y avait été appelé, par un vif sentiment de patriotisme allemand. C'était en 1810. La Prusse, qui avait provoqué fort imprudemment ses désastres par ses agressions, et qu'avaient abattue les coups de foudre d'Iéna et d'Auerstædt, fière encore malgré son abaissement et frémissante dans sa soumission, restait le seul point de l'Allemagne qui se gouvernât à part de la France. L'Autriche, tant de fois vaincue, avait été dépossédée de beaucoup de ses provinces après Austerlitz et Wagram, et avait renoncé à la couronne du Saint-Empire. La Confédération du Rhin plaçait sous la main de son puissant protecteur le midi et le centre de l'Allemagne, dont le nord et l'ouest avaient été ou découpés en départements réunis à la France, ou érigés en royaumes qui se mouvaient dans son orbite. La Prusse, réduite en territoire et en population, ne comptant plus que 5 millions d'habitants, et ne pouvant pas garder sous les drapeaux plus de 35,000 soldats, se préparait avec une inimitié

Digitized by Google

prévoyante, dès que l'occasion lui en serait offerte, à recommencer la lutte en entraînant à sa suite l'Allemagne qui se fatiguait de notre joug. Tandis que des hommes passionnés pour la cause de l'indépendance germanique travaillaient ardemment, quoique mystérieusement, à la réorganisation de la Prusse, le baron Guillaume de Humboldt s'attachait à y ranimer les esprits. Alors ministre du roi Frédéric-Guillaume III, ce savant profond, qui portait un génie si philosophique dans l'étude des langues et un caractère si élevé dans la politique, donnait un mouvement singulier à l'instruction publique et fondait l'université de Berlin.

C'est afin d'en accroître le lustre que M. de Savigny était appelé, du fond de la Bavière assujettie, dans la capitale de la Prusse éprise d'indépendance; M. de Humboldt lui avait écrit d'arriver au plus tôt pour contribuer avec lui à l'organisation de l'université nouvelle et prendre part à son enseignement. M. de Savigny accourut et vint servir de son nom et de ses talents cette grande institution qui obtint les priviléges les plus étendus, reçut une dotation magnifique, fut établie dans un palais bien digne d'être consacré au culte de l'intelligence, celui du prince Henri, frère du grand Frédéric, et compta parmi ses professeurs Fichte et Niebuhr, Hufeland et Schleiermacher, Eichhorn et Wolf, et la plupart de ceux qui, à des degrés divers, illustraient en ce moment les sciences et les lettres en Allemagne.

Sur ce retentissant théâtre, qu'il ne quitta plus, M. de Savigny donna ses belles et fécondes leçons. Il s'y lia surtout avec Niebuhr, le fils du célèbre voyageur, et qui, lui aussi, avait quitté le Danemark, sa patrie, pour prendre part au grand mouvement intellectuel et politique de l'Allemagne. Professeur comme Savigny, comme lui élu membre de l'Académie de Berlin, Niebuhr refit sous ses yeux l'histoire primitive du grand peuple dont Savigny enseignait la jurisprudence parvenue à toute sa perfection. Antiquaire et artiste, poëte et historien, Niebuhr remontait aux origines lointaines de Rome, et racontait la destinée naissante de la petite ville du Latium, future maîtresse du monde, dans ce livre original et puissant, où il ranime tout ce qu'il entrevoit, rend plausible tout ce qu'il conjecture, fait de l'histoire reçue une légende et croit retrouver dans la légende même l'histoire obscurcie. Si Savigny admira

Digitized by Google

et l'œuvre hardie et la pensée créatrice de Niebuhr, Niebuhr ressentit pour l'infaillible savoir, le grand esprit, le talent régulier de Savigny un irrésistible entraînement. Ils contractèrent dès lors une amitié qui devait durer toujours; la similitude des goûts et la diversité des génies, la conformité des travaux et la différence des caractères, les tinrent étroitement unis après les avoir heureusement rapprochés. Tous deux faisaient de la chose romaine leur occupation assidue. Niebuhr y portait ses suppositions et ses reconstructions ingénieuses; de sa vue perçante, il saisissait à travers les temps obscurs et suivait au milieu des récits défigurés l'état ancien et la marche de cette grande société; Savigny, avec moins d'imagination et une trempe d'esprit plus sévère, gardant la justesse dans l'étendue, et joignant la mesure à la force, en retraçait et en expliquait la législation, qu'il connaissait à la fois par ses monuments et dans son histoire. Tous deux avaient l'âme également haute; mais l'un s'abandonnait avec une droiture passionnée aux nobles sentiments que l'autre éprouvait avec une ferme douceur et une gravité aimable. S'entendant par ce qu'ils avaient de commun sans se déplaire, par ce qu'ils avaient de différent, ils ont reconnu bien haut, l'un et l'autre, tout ce qu'ils avaient trouvé d'attrayant et de fécond dans ce commerce de l'amitié et de la science.

M. de Savigny avait été sur le point d'être nommé le premier recteur de l'université naissante. Dix voix l'avaient désigné pour cette haute administration contre onze données à Fichte, alors dans tout l'éclat de sa gloire, comme grand philosophe et comme patriote éloquent. Mais, un peu plus tard, il fut appelé au rectorat, dans les orageuses années de 1812 à 1815. C'est pendant sa durée que survinrent les revers de la France suivis des soulèvements de l'Europe. La Prusse donna le signal au reste de l'Allemagne. Elle se leva pour ainsi dire tout entière en armes. Les écoles se vidèrent, les chaires se turent, les étudiants s'enrôlèrent sous les drapeaux de la landwher et du landsturm, et l'on vit leurs maîtres eux-mêmes, les jurisconsultes, les historiens, les métaphysiciens, les théologiens, le sage et grave Savigny, comme l'ardent Niebuhr, l'austère Fichte, le subtil et profond Schleiermacher, partager, soutenir, répandre, de leur parole et de leurs écrits, l'enthousiasme général. Hélas! à cette époque, qui nous est d'une si attristante

Digitized by Google

mémoire, les armées réunies du continent se précipitèrent de tous les côtés sur un seul pays, épuisé pour avoir trop vaincu, et réduit à l'isolement, dans son héroïque défense, pour avoir trop conquis. L'homme extraordinaire, qui avait disposé si complétement des destinées comme des forces de la France, et lui avait ouvert les perspectives éblouissantes de la gloire pour la détourner des laborieuses recherches de la liberté, avait voulu en quelques années changer la face du monde, et, aussi outré dans ses actes que démesuré dans ses desseins, il avait détruit la forme ou la limite des États, dépossédé ou assujetti les princes, fait subir aux peuples les abaissements de la défaite et les duretés de l'invasion, et il avait provoqué l'armement de toute l'Europe contre sa domination et notre grandeur.

Au douloureux dénoûment de cette longue guerre, la France se vit arracher même ce qu'elle avait justement acquis, et l'Allemagne recouvra ce qu'elle croyait avoir définitivement perdu. Celle-ci, flanquée à l'ouest et à l'est par la Prusse agrandie et par l'Autriche reconstituée, redevint une confédération. Mais, au lieu de plus de trois cents États si divers de forme, d'esprit, de dimension, qui faisaient de l'ancienne Allemagne un corps composé de membres sans lien dans leurs intérêts, sans accord dans leurs volontés, sans harmonie dans leurs mouvements, tantôt frappé de paralysie, tantôt livré au désordre, l'Allemagne nouvelle était ramenée à trente-sept États, pouvant un peu mieux s'entendre dans une diète moins désunie, et peut-être agir avec un peu plus de concert au moyen d'un gouvernement plus concentré.

Pendant que se délibérait au congrès de Vienne cette législation fédérale pour tous les États germaniques, il s'éleva sur la codification des lois privées en Allemagne une controverse mémorable à laquelle M. de Savigny prit une part décisive. Fallait-il donner à tous les pays allemands une règle civile semblable? La grande imagination de Leibnitz l'avait déjà rêvé vers la fin du XVIIe siècle; l'esprit résolu du docte jurisconsulte Thibaut le proposa au commencement du XIXe. De sang français, comme Savigny, Thibaut, que notre Académie s'est aussi attachée plus tard, enseignait alors dans la première chaire de l'université de Heidelberg le droit romain, qu'il avait professé longtemps aux universités de Kiel et d'Iéna. Il était très-versé dans la connaissance de ce droit, qui restait

Digitized by Google

encore la règle principale de l'Allemagne, mais il était moins sensible à ce qu'il avait d'original qu'à ce qu'il conservait de défectueux. Il en trouvait l'ordre imparfait, le texte souvent obscur, le sens quelquefois incertain, les principes en bien des points inapplicables, et, le comparant à la nouvelle loi française bien mieux appropriée aux mœurs et à l'état de l'Europe, en ce qui concernait surtout la puissance paternelle, la condition des femmes, les successions et les hypothèques, il réclama la réforme de cette législation, selon lui vicieuse et confuse, et demanda qu'un Code général, semblable au Code civil de la France, dont il admirait les règles sorties de la sagesse antique éclairée par l'équité moderne, pourvût aux besoins communs de l'Allemagne par des dispositions uniformes.

Tandis que ce hardi provocateur d'une réforme des lois s'avançait dans la lice suivi d'une troupe assez considérable de beaux et généreux esprits de l'école philosophique rangés sous son drapeau, il s'y trouva soudainement en face du plus grand admirateur du droit romain, du savant qui en connaissait le mieux l'histoire, du jurisconsulte qui en avait le mieux pénétré la théorie, et pouvait le mieux en défendre le maintien. M. de Savigny descendit dans l'arène armé de son redoutable écrit *de la Vocation de notre époque pour la législation et la jurisprudence*. Ce fut le manifeste de l'école historique et comme une déclaration de guerre à tout projet de codification générale. Cette école ouverte par l'érudition et la critique du savant professeur de Göttingue, M. Hugo, un autre encore de nos correspondants, c'est M. de Savigny qui l'avait dogmatiquement fondée, singulièrement étendue, et il en était devenu le chef. Il avait pour système que la forme du droit a besoin de se modeler sur l'état de la société, et que la marche de l'un doit suivre constamment les progrès de l'autre. Il voulait donc le développement naturel du droit par l'usage, et il en repoussait la condensation artificielle dans un Code, parce que, dans un cas, le droit toujours vivant s'améliorait sans cesse, et que, dans l'autre, il déclinait en s'immobilisant à jamais. D'après lui, il en est du droit d'un peuple comme de sa langue : il procède tout d'abord de la position, de l'état, des instincts fondamentaux de ce peuple, sans aucun travail réfléchi de sa pensée, sans aucune violence faite à ses habitudes, sans aucune con-

Digitized by Google

trainte introduite dans ses rapports. Il est l'œuvre de tout le monde. Dans la condition primitive des peuples, le droit est coutumier; puis, à mesure que les rapports sociaux s'étendent, de l'état de coutume il passe à l'état de loi, par une élaboration successive qui le perfectionne sans l'abstraire, l'agrandit sans l'affaiblir, le fixe sans l'arrêter. Dans un progrès continu, la loi améliore alors la coutume, et la science ajoute incessamment à la loi; tandis qu'un Code mutile le droit en l'enfermant pour toujours dans des cadres resserrés, et paralyse sa vie en suspendant sa marche.

Telle est la théorie de M. de Savigny, qui, sévère à l'égard des deux Codes donnés à l'Autriche et à la Prusse vers la fin du dernier siècle par Marie-Thérèse et Frédéric II, injuste même à l'égard du Code que la France avait depuis peu reçu de Napoléon, en cela représentant civil d'une grande révolution sociale, combat avec force et non sans une hauteur un peu dédaigneuse la pensée de former un Code général pour toute l'Allemagne. L'Allemagne, en effet, n'était pas en situation de le recevoir, et personne n'était en mesure de le lui donner. Le pays de la division ne pouvait pas se prêter à la règle de l'unité. Comment introduire une loi civile, uniforme, dans une contrée toujours désunie sous le rapport politique, encore divisée sous le rapport territorial, et qui n'était pas même en communauté de vues sur la législation? Les Codes doivent être donnés à propos, et alors ils ne sont pas un signe de déclin pour le droit, mais une marque de rapprochement civil pour un peuple. Ils règlent d'après des principes communs des rapports semblables; mais, résultat de l'unité, ils ne peuvent pas en être la cause, et ils ne sauraient précéder ce qu'ils sont destinés à régir. M. de Savigny sortit victorieux de cette bataille juridique, et la proposition de Thibaut échoua tout à la fois devant les objections d'une haute science et les obstacles d'une évidente impossibilité.

A peine cessait ce grand débat que se fit une découverte à laquelle restent attachés les noms de Niebuhr et de Savigny. En 1816, Niebuhr, se rendant de Berlin à Rome comme ambassadeur de Prusse, auprès du Saint-Siége, passa par Vérone et y trouva, dans les archives du chapitre métropolitain, le célèbre palimpseste qui cachait, depuis plus de mille ans, sous un texte de saint Jérôme, le livre perdu de Gaïus dont les ou-

Digitized by Google

vrages avaient jadis reçu force de loi dans l'empire romain. Sur une des pages du précieux manuscrit, où son pénétrant regard avait entrevu quelque trésor enfoui, il fit habilement reparaître l'écriture primitive, et au dessous des lignes agitées du Père le plus véhément de l'Église latine, se montrèrent les tranquilles paroles d'un grave jurisconsulte romain. Lequel? C'est ce que Niebuhr, malgré toute sa perspicacité, ne put pss dire. Pour le savoir, il envoya le fragment copié de l'ouvrage inconnu à celui qui devait le mieux en juger le mérite, et le plus sûrement en désigner l'auteur, à M. de Savigny. Familier avec les textes juridiques des anciens, M. de Savigny n'hésita point à y reconnaître la pensée et le style de Gaïus. C'étaient, en effet, les Institutes originales de ce grand jurisconsulte, à qui Justinien avait en partie emprunté les siennes. Après avoir annoncé à l'Académie de Berlin une nouvelle aussi importante pour la science du droit, M. de Savigny fit partir pour Vérone deux de ses élèves, dont l'un était M. Bethmann-Hollweg, plus tard ministre en Prusse, afin de déchiffrer, de transcrire et de rendre au monde l'ouvrage unique qu'ils tirèrent tout entier, au bout de quatre ans, du palimpseste, où il était resté si longtemps enseveli comme en un tombeau, et qui reparut, en 1820, dans sa pure et austère beauté. Cette découverte, qui devait servir à compléter la révolution juridique commencée par les recherches de l'école historique, et amener bien des changements dans l'intelligence du droit, ne porta pas la plus légère atteinte aux travaux antérieurs de M. de Savigny, tant il s'était pénétré du vrai génie de l'antiquité romaine : ce fut tout ensemble un honneur pour son érudition et une occasion de triomphe pour ses théories.

A cette époque, M. de Savigny avait déjà commencé la publication de son grand ouvrage sur l'*Histoire du droit romain au moyen âge.* Ce droit incomparable, qu'il connaissait dans toutes ses évolutions et qu'il admirait dans sa savante économie, dont le berceau se cachait dans la lointaine obscurité des traditions primitives, qui s'était peu à peu dégagé du voile des symboles, et avait consisté d'abord dans des coutumes dures comme les mœurs des Romains, étroites comme leurs pensées, s'était développé avec le grand peuple que son génie politique et son habilité civile avaient appelé à conquérir et à gouverner l'univers. Perfectionné sous la république, étendu

Digitized by Google

sous l'empire, ce droit que les sages magistrats romains avaient sans cesse rapproché de l'équité naturelle en le faisant passer de la rude loi des Douze Tables sur les pages plus humaines de l'édit prétorien; que les savants jurisconsultes du siècle des Antonins, presque tous sortis du Portique et assis au prétoire, les Paul, les Papinien, les Ulpien, les Gaïus, les Modestin, avaient amélioré de plus en plus à la lumière d'une philosophie vertueuse; dans lequel le christianisme avait introduit, vers la fin de l'antiquité, les beaux préceptes de sa morale à côté des nobles doctrines de l'école stoïcienne, ne fut point entraîné dans la chute de l'empire d'Occident : il subsista, après les invasions, pour servir de loi aux vaincus et d'enseignement aux vainqueurs.

La plupart des principes et des notions qui composent le droit moderne sont d'origine romaine. Ils nous ont été transmis par la tradition non discontinuée de six siècles d'extrême ignorance, et par le travail fécond de sept autres siècles d'investigation, de connaissance et d'enseignement. M. de Savigny, dans son histoire, a d'abord retracé la transmission imparfaite du droit romain, depuis le renversement de l'empire au Ve siècle, jusqu'à l'éclatante rénovation de ce droit au XIIe siècle, dans l'école de Bologne. Après avoir pénétré dans les temps ténébreux qui ont suivi la conquête germanique, et avoir habilement retrouvé ce qui y était resté du droit romain; après avoir montré en Italie, en Espagne, en Gaule, dans l'*édit* Théodoric, dans le *Breviarium* d'Alaric, dans le *Papien* des Bourguignons, tout comme dans l'application continuée du code Théodosien, la permanence méconnue de cette législation, et fait voir que les institutions judiciaires et municipales s'étaient aussi en partie maintenues afin que les peuples subjugués ne devinssent pas étrangers à leur propre administration, et que, privés de leur souveraineté, ils ne le fussent pas de la justice, M. de Savigny arrive au grand moment où le droit romain apparaît tout à coup en plein moyen âge, non plus dans l'imperfection de Codes mutilés, mais dans la sévère beauté d'un magnifique modèle.

La célèbre université de Bologne, où s'enseignent dès lors les Pandectes et le Code de Justinien, devient le séminaire européen de la législation et de la jurisprudence romaines. Des docteurs instruits, pénétrants, quelquefois subtils, ordinaire-

Digitized by Google

ment judicieux, très-souvent arides, forment toute une école dont M. de Savigny a caractérisé les œuvres, apprécié les doctrines, depuis le fondateur, Irnerius, jusqu'aux plus grands commentateurs Accurse et Barthole. De leurs chaires et de leurs livres le droit romain se répand dans tous les pays, y améliore les lois et contribue à en transformer l'état. Il envahit l'Allemagne à l'égal de l'Italie, et pénètre en Angleterre, moins bien toutefois qu'en France. Du Ve au XIe siècle, il avait agi par l'exemple ; du XIIe au XVIe, il agit par l'enseignement. La première fois, il éclaire un peu la barbarie ; la seconde, il aide au développement de la civilisation. Aux deux époques, soit comme règle du droit, au moment de la conquête, soit comme science du droit pendant le règne de la féodalité, il exerce la plus heureuse influence morale et civile sur la conscience et l'esprit des hommes, et il hâte l'éducation sociale du monde moderne.

Ce double tableau, M. de Savigny l'a savamment retracé dans les quatre volumes d'un ouvrage, tout fondé sur les textes, où rien n'est donné à la conjecture, où tout arrive à la démonstration, grâce à cette forte érudition et à ce grand sens qui aident à découvrir avec sûreté, à conclure avec certitude. L'Histoire du droit romain au moyen âge est un monument de docte sagacité et de raison supérieure. M. de Savigny y fait voir comment le droit romain se maintint, de quelle façon il s'appliquait, à quel moment il se développe, jusqu'à quel point il s'étend, et il en embrasse, à travers les obscurités de onze siècles, toute la destinée dans le livre savant et simple, original et grave, que consacra l'universelle approbation dès qu'il parut, et qui, nécessaire comme histoire, accompli comme travail, durera par l'utilité et le talent.

M. de Savigny était devenu Prussien. Le pays où il avait été appelé pour sa science fut désormais la patrie à laquelle il voua son attachement et consacra son habileté. Il y rendit à l'État des services divers et considérables. La Prusse avait été refaite en 1816. Non-seulement elle avait recouvré ce qu'elle avait perdu, mais, dans son ambitieuse avidité, elle avait acquis en Allemagne ce qui appartenait à d'autres, comme la moitié du royaume de Saxe, et ce qui, arraché à la France, n'appartenait plus à personne, comme les provinces rhénanes de Cologne et de Trèves, formant autrefois des électorats ec-

Digitized by Google

clésiastiques que la révolution avait détruits. Restaurée et agrandie, cette monarchie, à la fois militaire et progressive, avait à s'organiser après s'être étendue. Le vieux roi Frédéric-Guillaume III, qui lui avait promis la liberté, ne lui donna qu'une meilleure administration. Des territoires épars à unir; des populations différentes de race, de mœurs, de climat, de lois, de croyances, à rapprocher; la nécessité ici de rétablir, là de conserver, ailleurs de créer; l'obligation enfin de pourvoir à des besoins multipliés dans les directions diverses de la vie publique, compliquaient l'œuvre de ce prince. Pour en faciliter l'accomplissement, il fonda, en 1817, le Conseil d'État de Prusse. Ce grand corps était destiné à examiner les projets de loi proposés par les ministres, à servir de contrôle général au gouvernement, à être le principal ressort de la machine administrative. Dès son origine, M. de Savigny y entra, et il y discuta les affaires de la monarchie prussienne avec les hommes qui avaient le plus contribué à sa réorganisation, avec les généraux qui avaient le mieux aidé à son rétablissement. La capacité supérieure qu'il y déploya, des vues utiles éloquemment exposées, de sages avis fermement soutenus, l'y rendirent si considérable qu'il reçut plus tard la présidence de ce premier corps de l'État.

Son habileté variée le fit appeler bientôt dans un autre corps. En 1819, il fut nommé membre de la Cour de cassation, instituée en Prusse, comme elle l'était en France, pour juger, non le fond des procès, mais l'application des lois. Seulement, les lois étant diverses en Prusse, l'examen de leur application exigeait une science étendue, et le très-docte M. de Savigny eut dans son domaine les provinces rhénanes qui, longtemps françaises, avaient fait d'opiniâtres et heureux efforts pour conserver l'usage du Code civil de la France. En considérant ce Code de plus près, il l'estima sans doute davantage. La raison nouvelle du magistrat redressa les préventions anciennes du jurisconsulte, qui put s'apercevoir à la pratique de cette législation que, loin d'être un déclin dans le droit, elle marquait un progrès dans l'équité.

M. de Savigny, dont l'activité féconde se portait sur tant de choses avec aisance et avec distinction, traitait incessamment des questions hautes et délicates de science et d'histoire dans des écrits, ou lus à l'Académie de Berlin, ou insérés au cu-

Digitized by Google

rieux recueil qu'il publiait sous le titre de *Journal de la jurisprudence historique*. Ces écrits, dont je ne saurais même donner ici la simple nomenclature tant ils sont abondants, embrassaient les sujets les plus divers comme les plus intéressants de la législation et de l'existence romaines. Depuis l'organisation populaire des centuries, qui facilita la grandeur de la république, jusqu'à l'institution asservissante du colonat, qui exerça une influence si fatale sur la décadence de l'empire; depuis le droit de latinité et le droit italique jusqu'au plein droit de cité romaine dont ils étaient des démembrements et vers lequel ils acheminaient les provinces assujetties; depuis l'histoire du testament romain jusqu'à l'ordre légal des successions et la transmission même de la religion domestique au foyer de la famille, depuis le premier divorce jusqu'à la tutelle perpétuelle des femmes; depuis le droit réservé aux agnats sur les pupilles jusqu'à la protection accordée aux incapables; depuis ces registres particuliers des citoyens romains faisant foi des engagements de tout genre en justice jusqu'à la constitution de l'impôt sous les Césars, M. de Savigny a répandu beaucoup de lumière sur les règles sociales et les mœurs privées, les fortes habitudes du peuple romain et l'esprit tenace de la famille romaine. Dans ces dissertations, tantôt ingénieuses, tantôt profondes, toujours savantes, dont les premières commencent presque avec le siècle et les dernières en atteignent le milieu, et qui, réunies sous le nom modeste d'opuscules, ne forment pas moins de cinq volumes, M. de Savigny éclaire, suivant l'exemple et la grande recommandation de Montesquieu, l'histoire par les lois et les lois par l'histoire, explique ce qu'il a découvert, et devine si bien, lors même qu'il ne démontre point, que, en plusieurs cas, des textes dès longtemps perdus, et de nos jours retrouvés, sont venus confirmer les fines inductions de l'érudit ingénieux, les hardies assertions du clairvoyant interprète.

Pendant qu'il se consacrait à ces grands services de l'enseignement, de la politique, de la justice, de la science, M. de Savigny composa la plus étendue et la plus utile de ses œuvres. A son début, il était entré avec éclat dans le domaine de la théorie par le livre sur la *Possession*; il y reparut avec grandeur, dans son âge avancé, par son livre bien autrement vaste sur le *Système de droit romain en usage chez les peuples mo-*

Digitized by Google

dernes. M. de Savigny expose l'essence même de ce droit dont il saisit tous les éléments dans la législation usuelle. Dégageant le fond éternel du droit romain de ses formes vieillies et délaissées, il élimine ce que le temps a frappé de mort, pour rendre ce qui en est demeuré vivant plus libre dans son développement et plus efficace dans son action. Il apprend à embrasser le droit dans son harmonieux ensemble, afin de mieux pénétrer la signification et d'apprécier plus sûrement la valeur de ses diverses parties. Tout en admettant la division naturelle de la théorie et de la pratique, dont l'une donne la haute connaissance et l'autre conduit à la judicieuse application du droit, il demande qu'elles ne se séparent pas trop, et que cette division, inévitable effet de la civilisation moderne, ne les réduise pas à un isolement qui leur serait funeste, en laissant la théorie sans expérience et la pratique sans science, ce qui ferait de la première un vain exercice de l'esprit, et de la seconde une routine presque mécanique. Ce livre, dans lequel toutes les dispositions du droit sont examinées en elles-mêmes et dans leurs rapports mutuels, où sur tous les points essentiels et controversés sont passées en revue les opinions des maîtres les plus renommés, depuis les ingénieux jurisconsultes italiens, qui suivirent la résurrection du droit romain au moyen âge, jusqu'aux doctes et profonds jurisconsultes français du XVIe siècle, tels que Cujas et Doneau, et les subtils jurisconsultes bataves Gérard Noodt, Vinnius et Bynkershock, où se montre la belle alliance de l'histoire qui éclaire et de la philosophie qui décide ; ce livre dont les idées sont applicables aux pays qui rattachent au droit romain les fondements de leurs lois civiles, et peuvent être consultées avec profit dans les pays que régissent des Codes nouveaux tirés en grande partie de cette commune et intarissable source du droit ; ce livre, admirable commentaire de la plus célèbre des législations, est le fruit d'un travail de quarante années, la forte conclusion des plus profondes recherches comme de la plus ferme pensée, l'œuvre, en un mot, d'un jurisconsulte de savoir et de génie.

Cinq volumes en avaient été publiés, de 1835 à 1841, lorsque M. de Savigny fut soudainement interrompu. Professeur de trois générations, il comptait deux rois parmi ses disciples. Le roi Frédéric-Guillaume IV, de Prusse, et le roi Maximilien II, de Bavière, avaient reçu de lui, l'un en 1816, l'autre

Digitized by Google

en 1829, des leçons de droit et de politique, lorsqu'ils n'étaient encore que princes royaux. Ces deux disciples couronnés, formés à son école, se montrèrent libéraux sans cesser, comme de raison, d'être conservateurs. Monté de bonne heure sur le trône, d'où la mort vient de le faire trop tôt descendre, le roi Maximilien II y consolida, avec une sincérité prudente, ces institutions représentatives sous lesquelles il a laissé son peuple se gouverner doucement pendant seize années, et le roi Frédéric-Guillaume IV a introduit lui-même le régime constitutionnel dans son royaume. Ce dernier monarque appartenait surtout à l'école historique. Remarquable par son agréable esprit, passionné pour les arts, se plaisant dans les lettres, admirant à la fois les grandes œuvres de l'antiquité et les beautés naïves du moyen âge, ce prince qu'on vit assister, comme un Athénien du temps de Périclès, à la représentation d'une tragédie de Sophocle, qui pouvait s'entretenir de musique avec Meyerbeer, de peinture avec Cornélius, d'histoire avec Ranke, de science avec Humboldt, de philosophie avec Schelling, de droit avec Savigny, chez lequel beaucoup de savoir était au service de beaucoup d'imagination, porta dans les matières de gouvernement non moins de réminiscence que dans les goûts de la littérature. Il fit un retour vers les traditions anciennes, qu'il essaya de concilier avec les besoins nouveaux. Après son avénement au trône, il montra toute la confiance qu'il avait dans les idées de M. de Savigny, et tout l'attachement qu'il portait à sa personne. Le maître du prince royal, en 1816, devint le ministre du roi en 1842.

Frédéric-Guillaume IV, en nommant M. de Savigny membre du cabinet prussien, le chargea de la révision des lois. Ce département législatif, créé pour lui, convenait à ses grandes aptitudes. Aussi, durant sa généreuse administration, d'importantes réformes furent préparées et ont été introduites depuis dans le droit criminel, le droit civil, le droit commercial de la Prusse. Il mitigea singulièrement la loi pénale, d'où il fit disparaître les rigueurs que repoussait le génie du siècle, les châtiments corporels, l'exposition publique, la marque, et jusqu'à la mort civile, anticipation outrée de la mort naturelle. Il proposa, sur le change et les billets de commerce, une loi qui, un peu modifiée, a été admise par les États de la Confédération germanique. Il tenta de réformer la législation sur les ma-

Digitized by Google

riages, et de mettre surtout des bornes à la facilité désordonnée des divorces.

Libéral et réservé, M. de Savigny était pour les innovations opportunes et qui n'altéraient pas les institutions restées encore nécessaires. Le droit, selon lui, devait être, non une simple conception de l'esprit, mais le produit même de la société, dont il rappellerait le passé et réglerait le présent en s'avançant vers l'avenir, expression fidèle de ses besoins reconnus, image légale de son état réel. Contraire à ce qu'il nommait le droit abstrait, tant pour le gouvernement politique des peuples que pour l'ordre civil des États, il prétendait que les institutions imaginées d'après ce droit, ne s'adaptant pas à la forme exacte de la société, ne pouvaient pas en devenir la règle précise, et n'arrivant pas avec la convenance de l'à-propos, ne sauraient avoir la certitude de la durée. Le roi et le ministre, sur ce point en communauté de doctrines et d'intentions, agirent, comme ils pensaient, en novateurs circonspects et en conservateurs progressifs. Lorsque Frédéric-Guillaume IV, réalisant, en 1846, les promesses faites par son père en 1814, voulut donner à la Prusse une constitution représentative, M. de Savigny concourut à cette œuvre devenue nécessaire et restée difficile.

Le droit d'écrire librement fut reconnu à des hommes depuis longtemps en possession du droit de penser, et l'on admit à connaître enfin les affaires de l'État ceux qui n'avaient été appelés jusque-là qu'à se dévouer pour lui. Le pouvoir absolu de la royauté dut être limité par l'intervention régulière des assemblées publiques qui eurent, il est vrai, encore plus à examiner les actes du gouvernement qu'à les diriger, à donner un avis qu'à le faire prévaloir. La représentation politique de la Prusse fut tirée de sa composition sociale. Comme les états généraux d'autrefois, les assemblées actuelles furent l'image de tout le pays, dont les intérêts divers et les sentiments inégaux eurent des défenseurs dans les représentants de la tradition ancienne et des soutiens dans les représentants de l'esprit moderne. Les seigneurs territoriaux y siégèrent en vertu de leur droit, les mandataires de la noblesse par délégation de leur ordre, les députés des villes et ceux des communes rurales par le choix non contraint des électeurs des cités et des campagnes. Ces deux assemblées, dans lesquelles entraient des

Digitized by Google

éléments si disparates et que devaient animer des esprits si contraires, parviendraient-elles à s'entendre en consentant, l'une à avancer un peu, l'autre à ne pas marcher trop vite; la première à ne pas se refuser constamment aux améliorations, la seconde à ne pas les brusquer sans cesse? L'entente difficile des chambres entre elles serait-elle suivie de l'accord entre les chambres et la royauté, qui tenait à s'exercer toujours dans sa pleine indépendance, et voulait demander à la représentation nationale de l'éclairer sans la conduire, et de discuter ses projets uniquement pour lui fournir les moyens de les exécuter? N'était-il pas à craindre qu'en mettant ainsi en face des pouvoirs dont l'un était appelé à délibérer sans efficacité, et dont l'autre voulait agir sans obstacle, il n'y eût ou complète subordination du premier au second, ou perpétuel conflit entre les deux?

Quoi qu'il en soit, cette tentative constitutionnelle, qui avait pour objet la conciliation peut-être trop mesurée du passé et du présent, qui portait tout au moins les actes du roi devant le grand conseil du peuple qui, par le contrôle du pays, obligeait à plus de régularité dans le gouvernement, et par la force de la discussion publique assurait le développement du droit national, fut violemment troublée au mois de mars 1848. La révolution de février venait d'éclater. Elle ne remua pas seulement la France, où elle avait la prétention d'étendre la liberté qu'elle a eu pour résultat de restreindre; elle ébranla l'Europe. A sa suite, il y eut comme une contagion de soulèvements, et des barricades s'élevèrent dans la plupart des capitales du continent. Berlin eut les siennes. L'insurrection y fut combattue par les troupes. Le roi la vainquit et lui céda. Mais, laissée triomphante, elle se montra impuissante. Dès le mois de mars, M. de Savigny, ministre d'un monarque réformateur, se démit de ses pouvoirs au moment d'une brusque révolution qu'il ne trouvait en rien fondée et dont il n'attendait rien d'utile. Le roi Frédéric-Guillaume IV, en se séparant de lui, écrivit cette lettre de regret et d'approbation : « Mon très-cher Savigny, votre demande de démission me brise le cœur, et pourtant je l'accepte, car vous avez eu raison d'agir ainsi. Dieu veuille vous récompenser de votre fidélité et de vos efforts! »

Depuis lors, M. de Savigny renonça tout à fait à la vie pu-

Digitized by Google

blique. Le roi Frédéric-Guillaume IV, rétabli dans son ancienne autorité, après avoir surmonté la révolution, sans accroître mais sans réduire la liberté, lui donna une nouvelle marque de sa confiance affectueuse en le nommant membre de la chambre des seigneurs comme syndic à la couronne. M. de Savigny ne siégea jamais dans cette haute assemblée; il voulut passer en paix les dernières années de sa vie. Il était devenu chrétien très-pieux, et les jours de sa vieillesse se partageaient entre les doux sentiments de la famille et de l'amitié, les pratiques assidues de la religion et les méditations prolongées du droit. Cette science de toute sa vie ne cessait de l'occuper. Il suivait, avec un intérêt suprême, les travaux sortis de la grande école qu'il avait fondée, et auxquels se livraient, en France comme en Allemagne, de nombreux et savants auteurs qui, employant ses méthodes et appliquant ses doctrines, étaient, à des degrés divers, presque tous ses élèves. Père de leurs idées, il était en quelque sorte l'inspirateur de leurs œuvres, car on est pour beaucoup dans ce que font ceux qu'on a formés. M. de Savigny a eu, au plus haut degré, cette paternité féconde, laquelle donne aux grands maîtres de la science toute une famille de disciples qui ajoutent à leur renommée ainsi qu'à leurs découvertes, et qui, après les avoir utilement suivis dans les champs inépuisables de l'intelligence, leur sont comme un glorieux cortége auprès de la postérité.

M. de Savigny continua pendant quelque temps son dernier ouvrage, et il publia, de 1851 à 1853, sur le grave sujet des Obligations, deux importants volumes qui étendirent, sans les compléter, les cinq volumes qu'il avait déjà donnés de 1835 à 1841, sur le système du droit romain. Il put y mettre encore toute la science de l'historien et tout le génie du jurisconsulte. Ce fut son dernier effort. Il avait soixante-quatorze ans, et, sans trouver d'affaiblissement dans son esprit, il y sentit de la fatigue. Il suspendit son œuvre qu'il crut pouvoir reprendre après quelques semaines. Mais ces semaines devinrent des années, et, en 1859, un habile professeur[1] lui ayant exprimé l'espérance de voir terminer cette grande composition, M. de Savigny secoua la tête en souriant : il sentait qu'il ne pourrait pas l'achever avec la perfection qu'il voulait y mettre,

[1] M. Maassen de Graz.

Digitized by Google

et que, à quatre-vingts ans, ses forces ne seconderaient plus ses pensées.

La vieillesse de M. de Savigny fut entourée d'honneurs et de respects. Frédéric-Guillaume IV lui donna de touchants témoignages de son amitié royale. Un jour, il le fit grand-croix de l'Aigle noir de Prusse, le reçut lui-même en grande solennité comme membre du chapitre de l'ordre, et, dans un discours éloquent qui émut toute l'assistance, il rappela sa belle et longue vie consacrée au service de la science, des lois et de l'État. Lorsque fut célébrée la soixantième année de sa promotion au doctorat, des députations de toutes les facultés de droit se donnèrent rendez-vous à Berlin pour y porter d'unanimes hommages au maître admiré de presque tous les jurisconsultes de l'Allemagne. Une distinction tout intellectuelle et d'autant plus glorieuse vint décorer ses derniers jours. La mort du savant et spirituel Alexandre de Humboldt ayant laissé vacante la grande chancellerie de l'ordre du Mérite fondé pour honorer avec éclat les illustrations de la science et des arts, le nouveau roi Guillaume Ier conféra cette haute dignité à M. de Savigny. Le noble vieillard arrivait alors au terme de sa carrière. Conservant jusqu'au bout le calme imposant de sa personne et la douce sérénité de son esprit, il s'avançait vers ce passage d'une vie à l'autre qu'il s'était préparé à traverser sans crainte, par l'honnêteté constante de ses pensées, la mesure parfaite de ses désirs, la rectitude inaltérable de ses actions. Il avait cultivé le droit, chéri l'équité, connu l'amitié, pratiqué la bonté, et, après avoir vécu en homme juste, il mourait en chrétien confiant. Le 26 octobre 1861, atteint depuis cinq jours d'une paralysie croissante des poumons, assis dans son fauteuil, il attendit paisiblement l'heure suprême au milieu de sa famille et de ses amis. M. Charles de Savigny, ministre de Prusse à Dresde, et digne fils d'un tel père, était accouru avec sa jeune compagne dont les grâces et la distinction avaient comme redonné à M. de Savigny une fille qu'il avait perdue. Il n'avait plus quitté le cher et vénéré mourant, qui, sentant approcher sa fin, fit appeler le conseiller intime et professeur Rudorff, un de ses élèves de prédilection, et l'embrassa. Jacob Grimm vint aussi faire ses derniers adieux au maître glorieux qu'il ne devait pas tarder à rejoindre. M. de Savigny lui tendit une main défaillante que Jacob Grimm serra

Digitized by Google

avec attendrissement, et les deux vieillards se regardèrent quelque temps sans pouvoir proférer une parole. Puis M. de Savigny, respirant à peine, entouré de ses enfants à genoux et portant ses regards de l'un à l'autre, s'éteignit en pressant la main de madame de Savigny, qu'il tint dans la sienne jusqu'au moment où il rendit le dernier soupir.

Sa mort causa un deuil public en Allemagne, à Vienne et à Munich comme à Berlin, où elle était survenue deux jours après l'entrée solennelle du roi Guillaume Ier, et au milieu des fêtes du couronnement. Le nouveau roi interrompit ces fêtes pour assister avec tous les princes de la famille royale aux obsèques du ministre et du savant qui avait noblement servi et singulièrement honoré la monarchie prussienne. Digne des plus grands hommages nationaux, M. de Savigny méritait aussi les hommages universels qu'on lui rendit de toutes parts. Il n'avait pas seulement fait honneur à un pays; il s'était consacré à la cause générale de la science. Personne, parmi les hommes de sa génération, n'avait plus profondément senti et mieux fait sentir aux autres la majesté du droit et la dignité du savoir. Il restait un de ces génies qui font école et font époque, et qui, morts, demeurent encore, comme dit Dante, les guides de ceux qui savent.

En terminant cet éloge de l'illustre et excellent personnage dont je viens de raconter la vie si féconde et la mort si sereine, je ne puis m'empêcher de jeter un regard sur les destinées du droit et de la science juridique dans les deux pays auxquels il a tenu par certains côtés, la France et l'Allemagne. Tous deux ont cultivé le droit, et tous deux en ont éclairé, dans ses profondeurs les plus obscures et dans son développement successif, et la doctrine et l'histoire. Mais tandis que l'Allemagne, pays de la division et de la tradition, a donné au droit de savants historiens, la France, pays de l'unité et du progrès, lui a donné d'habiles régulateurs; pendant qu'en Allemagne il s'est formé de doctes jurisconsultes, en France, il s'est formé une admirable législation. Du chaos de l'Allemagne s'est dégagée la science historique du droit, à laquelle s'est consacré durant plus d'un demi-siècle et qu'a principalement représentée M. de Savigny, homme éminent par l'érudition, profond dans la doctrine, célèbre par les œuvres, immortel par le talent; de la passion toujours croissante de la France pour l'unité

Digitized by Google

est sorti un magnifique Code de lois, qui a introduit dans le monde la plus parfaite justice civile que les hommes aient jamais connue.

Depuis Leibnitz jusqu'à Thibaut, l'Allemagne a cherché à construire un Code sans y parvenir; depuis Thomasius, qui essayait de fonder le droit sur la raison naturelle, jusqu'à Savigny qui le tirait surtout, avec un discernement si profond, et par une connaissance si sûre, de la vieille jurisprudence romaine, l'Allemagne, malgré ses grands esprits, est restée dans les hauteurs de la science spéculative, ou s'est répandue dans les vastes espaces de l'histoire, sans pouvoir aboutir à une loi commune, ni s'accorder dans la pratique civile.

La France, au contraire, a tendu sans cesse des principes du droit à leur équitable application, et s'est avancée vers l'uniformité législative, à mesure qu'elle se rapprochait de l'unité nationale. Après ce grand XVIe siècle, qui s'est livré à l'étude du droit avec tant de savoir et tant de génie, qui a eu dans Cujas le plus prodigieux interprète du droit romain, dans Dumoulin le plus puissant théoricien du droit coutumier, tous les jurisconsultes français sont des législateurs. Ils vont à la règle par le droit et plusieurs d'entre eux aspirent à réunir et à fondre les lois dans un Code. L'infortuné président Brisson écrit le Code Henri dans le temps où le chancelier de l'Hôpital venait de donner les belles ordonnances d'Orléans et de Moulins; un vertueux disciple de Port-Royal, Domat, est chargé de préparer le Code Louis pendant que se rédigent les célèbres ordonnances du grand roi qui règlent tant de matières avec tant d'habileté; enfin, après le siècle qui précède la révolution et qui l'amène, alors que la nation a complété, par un immense changement, les changements successifs opérés par la royauté, le Code que l'ancien état de la France ne permettait pas encore d'établir et que réclame et facilite à la fois son état nouveau; ce Code qu'ont rêvé trop tôt Brisson et Domat, qu'a préparé la législation royale, œuvre des l'Hôpital, des Colbert, des Lamoignon, des d'Aguesseau, auquel le droit romain expliqué par Cujas, et le droit coutumier commenté par Dumoulin, ont fourni les plus abondants matériaux, déjà savamment coordonnés par Pothier; ce Code est composé avec la science ancienne que pénètre, qu'épure et qu'emploie l'équité moderne. Le grand jurisconsulte qui s'appelle la révolu-

Digitized by Google

tion, l'habile législateur qui s'appelle l'esprit français, inspirent et dirigent ces doctes et judicieux rédacteurs d'un Code admirable devenu tout ensemble la fidèle image de la nation transformée et la règle bienfaisante de son existence renouvelée et agrandie.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

TEXTES CHOISIS

SUR LA THÉORIE DES OBLIGATIONS EN DROIT ROMAIN.

Conférence pour le doctorat, professée dans le second semestre de l'année scolaire 1863-1864, à la Faculté de droit de Paris, par M. Prosper Vernet, agrégé de la Faculté[1].

Compte rendu par M. E. Caillemer,
professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Grenoble.

L'étude du droit romain a pris de nos jours des développements tellement considérables que nul ne peut maintenant songer à les méconnaître. Que l'on compare, en effet, la littérature de cette branche de la science juridique pendant les cinquante premières années de notre siècle, à celle des dix années qui viennent de s'écouler, et l'on sera frappé en voyant les progrès immenses qui ont été réalisés. — Notre intelligence n'est point obligée de faire de grands efforts pour découvrir la cause de cet heureux mouvement. Si l'immortel réorganisateur des Facultés de droit eut la sagesse de ne point faire de ses Codes l'objet unique de l'enseignement, s'il comprit avec raison que l'exposition des antiquités du droit est la meilleure base que l'on puisse donner à l'étude de nos lois civiles françaises, il commit cependant une faute en restreignant trop l'espace qu'il accordait à la législation romaine. Enchaîné par des règlements qu'il lui était interdit de franchir, limité surtout par le temps qui lui était accordé, le professeur ne pouvait pénétrer profondément dans les théories les plus intéressantes, dans celles qui permettent le mieux d'apprécier la grandeur et l'élévation d'esprit des jurisconsultes de Rome; et, d'autre part, ses auditeurs étudiant, à la hâte et en passant, quelques généralités pleines de vague et d'obscurité, songeaient bien plus à contester l'utilité de cet enseignement qu'à

[1] Paris, Durand, 1865, 1 vol. in-8° de 250 pages. — 5 fr.

Digitized by Google

y puiser les éléments indispensables de leur science future. Si un pareil régime eût longtemps persisté, les traditions de cette grande école française, dont trois siècles n'ont pu diminuer la gloire ni ternir l'éclat, auraient disparu ou seraient restées l'apanage d'un petit nombre d'hommes éminents, de quelques travailleurs infatigables.

L'arrêté du 4 février 1853 vit le mal et chercha à y apporter un remède. Le cours de droit romain, qui jusque là n'avait duré qu'une seule année, fut porté à deux ans; et si les secondes chaires destinées à son enseignement n'ont point été partout créés, si trois Facultés des plus florissantes ne comptent encore qu'un seul professeur titulaire [1], le zèle et l'émulation des agrégés tend à combler cette fâcheuse lacune, et à faire disparaître l'injuste inégalité qui en résulte entre des écoles du même ordre. Les Institutes de Justinien sont restées, sans doute, le fond principal de l'enseignement; mais les professeurs doivent les compléter et les développer à l'aide des autres monuments de la compilation Justinienne. Enfin des conférences spéciales ont été organisées sur les Pandectes afin de présenter aux aspirants au doctorat l'explication exégétique des parties les plus importantes du droit romain, et de les familiariser avec cette savante méthode de raisonnement et de déduction que l'on ne peut trop admirer encore dans les fragments mutilés qui nous ont été conservés.

L'auteur de ces réformes, M. Fortoul, a pu légitimement se féliciter « d'avoir mis la dernière main à ce retour honorable « et nécessaire aux traditions consacrées par les fondateurs de « l'érudition française [2]. » Elles n'ont pas tardé à porter leurs fruits, et sans qu'il soit même besoin d'insister sur les améliorations notables qu'elles ont introduites dans les plus modestes dissertations académiques, c'est à elle que nous sommes redevables de savantes monographies, de remarquables com-

[1] 1° La Faculté d'Aix, qui a presque toujours, par le nombre de ses élèves, occupé le troisième rang, immédiatement après Paris et Toulouse. — 2° La Faculté de Grenoble, qui réunit pour les deux premiers trimestres de l'année scolaire 1864-1865 une moyenne de 193 étudiants. — 3° La Faculté de Nancy, qui, à sa première année d'existence, compte déjà 106 inscriptions.

[2] Circulaire du 10 février 1853 (*Bulletin administratif de l'instruction publique*, 1853, p. 55).

Digitized by Google

mentaires, qui sont là pour établir que la patrie de Cujas fournit toujours des jurisconsultes dignes de marcher à la tête des interprètes du droit romain.

L'étude des lois françaises a-t-elle eu à souffrir de ce noble voisinage qui, bien loin de l'effrayer, devait plutôt exciter son ardeur et provoquer de sa part de nouveaux efforts? La réponse est facile. A aucune époque, nos Codes n'ont été l'objet de travaux plus savants et plus approfondis. Si l'on a pu nous reprocher, il y a trente ans, de « renfermer l'essor de la « science dans l'étude de la loi écrite, et de la jurisprudence « qui a fixé l'interprétation des textes[1], » un pareil grief ne trouverait plus aujourd'hui de défenseurs sérieux parmi les hommes compétents. Dans nos écoles mêmes, l'expérience de chaque année est là pour nous apprendre quels liens intimes unissent les deux législations, et combien l'une est intéressée aux progrès de l'autre. N'est-ce pas le plus souvent sur la tête des lauréats de droit romain que nous sommes appelés à déposer les couronnes réservées aux vainqueurs dans les concours de droit français?

Disons-le bien vite, pour rendre à chacun ce qui lui est dû; c'est surtout à la Faculté de Paris que revient l'honneur de ce mouvement salutaire; c'est elle qui d'une main ferme a déployé et soutient le drapeau des nouvelles réformes; c'est elle qui peut réclamer la plus large part dans ces publications qui attestent le maintien de la suprématie de l'école française. Chaque année, le zèle de ses maîtres ne se contente point de propager ses doctrines parmi les nombreux auditeurs que la France tout entière lui envoie; il les répand même parmi ceux qui ne peuvent être ses élèves ou ses auditeurs, et qui se trouvent cependant associés par ce moyen à ses généreux travaux. Qui de nous ne connaît les savantes conférences de M. Pellat, de M. Machelard, de M. Demangeat, dont les résultats ont été consignés dans des livres, que tous, de loin ou de près, nous pouvons consulter, et dont la science s'est heureusement enrichie?

C'est encore aux Conférences pour le doctorat de la Faculté de Paris que nous devons le livre sur lequel nous venons au-

[1] M. de Salvandy : rapport du 29 juin 1838 (*Recueil de lois concernant l'enseignement du droit.* Paris, 1838, p. 2; V. aussi p. 22).

Digitized by Google

jourd'hui appeler l'attention de nos lecteurs et qui a pour titre : *Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain.* Ce titre par sa généralité pourrait peut-être induire en erreur. M. Vernet ne comprend pas, en effet, et ne pouvait pas comprendre en deux cent cinquante pages, une théorie complète des obligations en droit romain. Son cadre est beaucoup plus restreint. Laissant de côté tout ce qui concerne les contrats qui se forment *litteris vel consensu*, il s'est attaché exclusivement à ceux *qui re aut verbis perficiuntur ;* et encore pour ces derniers, il ne commente pas tous les titres que les Institutes leur ont consacrés. Les titres 16, 17, 18 et 20 n'ont point trouvé place dans son étude, ainsi limitée à l'explication des titres 13, 14, 15 et 19. Nous nous bornons à constater ces omissions, très-volontaires de la part de l'auteur, sans vouloir encore exprimer un regret; M. Vernet, en nous annonçant sans restriction une théorie des obligations, a pris en quelque sorte l'engagement tacite de compléter son œuvre, et nous attendons avec confiance pour une époque qui ne saurait être fort éloignée, la suite et le complément du demi-volume qui vient de paraître. — Nous émettons ce désir d'autant plus volontiers, que le fragment déjà publié répond, à tous les points de vue, aux légitimes espérances qu'avaient fait concevoir la réputation déjà si accréditée de son auteur, et les savantes monographies dont la science du droit lui est déjà redevable.

Rien de plus simple et de plus naturel que la méthode qui a présidé à la composition de ce livre. Il renferme tout à la fois l'exposition des principes élémentaires et l'examen des véritables difficultés groupées sous chacun des paragraphes des Institutes auxquels elles peuvent être rattachées sans effort; il offre de plus un exemple d'heureuse combinaison entre le commentaire et le traité proprement dit. L'auteur ne s'astreint pas à suivre servilement l'ordre adopté par les mandataires de Justinien. Il rapproche les dispositions qui ont entre elles des points de contact pour en former un faisceau, un ensemble systématique de nature à faciliter le travail du lecteur, et à introduire l'unité au milieu de la variété. — Rien ne serait plus facile, en effet, tant l'auteur est resté fidèle à cette règle, que de transformer au moyen de quelques indications typographiques plus saillantes, le livre, qui a les apparences exté-

Digitized by Google

rieures du commentaire, en un traité méthodique proprement dit.

Ce qui caractérise suivant nous cet ouvrage, c'est, comme nous l'avons dit, que, sous une forme savante, il est essentiellement élémentaire. Là se trouve pour lui, en dehors même de toutes ses autres qualités, une condition favorable pour le succès. Il rappelle en effet tous les principes nécessaires à l'intelligence du droit romain, et dispense le lecteur encore inexpérimenté de l'obligation de recourir à chaque instant aux autres traités sur la matière. — C'est ainsi que l'auteur débute en définissant les personnes et les choses, les droits réels et les droits personnels, les obligations civiles et les obligations naturelles... Il ne s'est point laissé effrayer par le fameux adage d'après lequel rien ne serait plus difficile qu'une définition dans les sciences juridiques : « *Omnis definitio in jure periculosa est; parum est enim ut subverti possit.* » Bien loin de là, il a multiplié les définitions et le plus souvent ses efforts ont abouti à une complète réussite.

Il a même été si fréquemment heureux qu'il nous permettra de soumettre à son impartialité une réflexion que nous suggère l'une de ces définitions. — M. Vernet assigne au droit réel ce caractère qu'il « est absolu, opposable à tous, et qu'il met la « personne titulaire du droit en rapport direct avec la chose « qui en est l'objet, sans l'intermédiaire d'un débiteur [1]. » — Pourquoi ne pas s'en tenir à la dernière partie de cette définition qui distingue si exactement la chose qu'il s'agit de définir de toutes celles qui l'avoisinent? Il est vrai, nous le reconnaissons volontiers, que rien n'est plus fréquent que de voir présenter les droits réels comme des droits absolus opposables à tous. Mais, précisément parce qu'il s'agit d'une idée fort répandue, on doit l'attaquer encore avec plus d'ardeur et plus d'énergie, si elle est entachée de quelque inexactitude. — Or, il nous paraît évident que, si très-souvent le droit réel est un droit absolu opposable à tous, il est cependant des cas où il ne présente point ce caractère; et ces exceptions doivent suffire pour faire proscrire cet élément d'une définition savante et rigoureuse.

Faut-il donner la preuve de notre affirmation? Nous l'em-

[1] *Textes choisis...*, p. 1.

Digitized by Google

prunterons de préférence à notre droit civil français qui fait plus spécialement l'objet de nos études habituelles. Mais M. Vernet qui a si souvent rapproché avec bonheur des dispositions du droit romain les articles du Code Napoléon, n'élèvera certainement pas une fin de non recevoir contre elle. — Eh bien! le droit qui appartient à un donataire d'immeubles lorsqu'il n'a pas fait transcrire son titre est assurément un droit réel (art. 938 C. Nap.) : et cependant l'article 941 nous apprend qu'il n'est pas opposable à tous. — L'acquéreur d'un objet mobilier en devient propriétaire indépendamment de toute tradition, et se trouve par conséquent investi du droit réel par excellence (art. 1138 C. Nap.); et néanmoins il ne pourra opposer ce droit à un second acquéreur qui aura été mis en possession avant lui (art. 1141 C. Nap.). — Depuis la loi du 23 mars 1855, les exemples seront encore beaucoup plus nombreux. Le premier acquéreur d'un immeuble avant la transcription a un droit réel sur la chose; mais ce droit n'est pas opposable à un second acquéreur qui aura fait transcrire. — Que ces hypothèses soient spéciales à notre droit actuel, je ne le contesterai pas. Mais ne pourrait-on pas, à Rome même, en trouver d'analogues? Nous voulons bien admettre que tous les droits personnels sont des droits relatifs ; mais il n'en faut pas conclure que tous les droits réels sont des droits absolus. Rayons donc une partie de la définition pour que, conformément au précepte, elle puisse s'appliquer à toute la chose définie.

Puisque nous nous occupons de restreindre des définitions, M. Vernet nous permettra-t-il encore d'appeler son attention sur celle qu'il a consacrée au *nauticum fœnus*[1], et qui pourrait peut-être être ramenée à une forme moins longue et moins complexe ?

Ce sont là de bien légers reproches, nous sommes les premiers à l'avouer, et peut-être accusera-t-on notre humeur chagrine, qui s'arrête à les constater au lieu de signaler les parties les plus remarquables de ce livre. — A chaque instant, on

[1] *Textes choisis...*, p. 57. — M. Vernet, qui cite Cujas et M. de Savigny, aurait épargné de pénibles recherches à quelques-uns de ses lecteurs, en leur indiquant d'une façon plus précise le lieu où se trouve l'opinion des deux grands jurisconsultes.

Digitized by Google

rencontre en effet des développements intéressants sur les théories les plus délicates et les plus attrayantes de la législation romaine. Nous ne pouvons énumérer toutes celles qui ont fixé l'attention de M. Vernet. Lorsque nous aurons cité quelques dissertations, par exemple, sur la stipulation des intérêts dans le *mutuum* [1], — sur les différences entre le commodat et le précaire [2], — sur la capacité juridique des impubères [3], — sur la matière si importante et si difficile des stipulations pour autrui, qui fournit à l'auteur l'occasion de diriger contre les articles 1119-1121 du Code Napoléon des critiques qui nous paraissent bien sévères [4], — sur les vices qui peuvent entacher le consentement [5]..... nous aurons peut-être éveillé la curiosité de nos lecteurs; mais nous n'aurons point indiqué tout ce que renferme une œuvre qui demande à être étudiée dans son ensemble, et dont chaque page renferme quelque ingénieuse solution. Or, il ne peut entrer dans notre pensée d'imposer à M. Vernet le martyre de cette minutieuse analyse, plus dangereuse d'ailleurs pour nous-mêmes que pour lui.

Nous n'avons jusqu'ici parlé que du fond; la forme, elle aussi, doit participer à nos éloges. Notre impression sur elle peut se résumer en deux mots; car ce que nous avons surtout remarqué, c'est la clarté de la rédaction et la sobriété des développements. L'ouvrage se lit sans peine et sans effort, parce que l'expression est toujours simple, juste, correcte et n'a rien d'affecté. N'est-ce pas là vraiment la règle que doit s'imposer la langue du droit : « In rebus vero minoribus, etiam sermone « ac verbis quam maxime propriis et ex usu [6]. » Les idées s'enchaînent si naturellement les unes aux autres que, non-seulement notre esprit suit aisément l'auteur, mais qu'il est toujours prêt à le devancer. M. Vernet ne lui en laisse pas le temps; car, lorsque sa pensée a été suffisamment mise en saillie, lorsqu'il l'a nettement précisée, il ne s'arrête pas à la reproduire sous une autre forme. Celle qu'il a choisie lui permet

[1] *Textes choisis...*, p. 27 et suiv.
[2] *Eod. loc.*, p. 73 et suiv.
[3] *Eod. loc.*, p. 172 et suiv.
[4] *Eod. loc.*, p. 188 et suiv.
[5] *Eod. loc.*, p. 225 et suiv.
[6] Quintilien, *De institutione oratoria*, lib. V, cap. 14, § 33.

Digitized by Google

de ne pas insister, parce qu'il est resté fidèle aux traditions de ces jurisconsultes dont il commentait les œuvres, et qui attachaient un si grand prix à la propriété des termes : « Ju-« risconsulti quorum summus circas verborum proprietatem « labor est[1]. » Il peut donc immédiatement poursuivre le cours de ses explications, et c'est ce qu'il fait avec raison. En somme, il nous paraît avoir évité avec bonheur l'écueil contre lequel on sombre si souvent. Il est bref en même temps qu'il est clair.

De tout ce qui précède résulte pour nous cette conclusion : c'est que notre littérature juridique vient de s'enrichir d'un livre excellent, qui sera consulté avec fruit, non-seulement par les romanistes, mais encore par ceux qui réservent leur faveur à l'étude doctrinale de nos lois civiles. Nous ne pouvons, en terminant, nous empêcher de formuler un vœu que nous avons déjà laissé entrevoir. Puisse le succès incontestable que ce livre doit trouver près de tous les amis des études sérieuses, encourager M. Vernet, l'exciter à persévérer dans l'œuvre qu'il a entreprise, le décider à nous donner, non-seulement une théorie entière des obligations, mais encore un commentaire approfondi sur l'ensemble du droit romain ! — Dans tous les livres exclusivement élémentaires, il est des sujets que l'on ne peut qu'effleurer, ou que l'on sacrifie au désir de ne point effrayer l'étudiant par la multiplicité des volumes. M. Demangeat lui-même n'a pu se soustraire complétement aux exigences de ce genre de composition. — Puisque des lacunes existent, puisqu'elles sont incontestables, espérons que M. Vernet contribuera à les combler. E. CAILLEMER.

[1] Quintilien, *loc. cit.*, lib. V, cap. 14, § 34.

Digitized by Google

PHILOSOPHIE POLITIQUE.

—

TABLEAU DE L'EMPIRE ROMAIN,

DEPUIS LA FONDATION DE ROME
JUSQU'À LA FIN DU GOUVERNEMENT IMPÉRIAL EN OCCIDENT;

Par M. Amédée THIERRY, sénateur et membre de l'Institut.
(Librairie académique de Didier, 1864.)

Compte rendu par M. A. BERTAULD,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

La philosophie politique de l'histoire romaine a, dans ce siècle, préoccupé d'éminents esprits, et l'on ne saurait nier que depuis Machiavel, Saint-Évremond, Bossuet, Montesquieu et de Beaufort elle a fait des progrès. A qui sont-ils dus? Les historiens du droit peuvent sans doute revendiquer une part de l'œuvre; mais peut-être, et par des raisons qu'il serait inopportun d'indiquer ici, ont-ils moins fait qu'ils n'ont laissé faire. Je crains que le désintéressement de leur érudition ne les ait privés de la bonne fortune d'aperçus qui n'ont point échappé à des historiens moins dédaigneux du présent et plus mêlés à nos luttes contemporaines.

Parmi nos écrivains M. Amédée Thierry est, à mon sens, l'un de ceux qui ont le mieux saisi et le plus mis en lumière l'action de Rome, de Rome latine, italienne, puis universelle sur la civilisation.

L'illustre historien n'a certainement pas la prétention d'être un juriste et cependant nul, avec plus d'exactitude et de perspicacité que lui, n'a relié les destinées du droit romain aux destinées des institutions avec lesquelles il a vécu dans un mutuel échange de protection et de secours; personne avant M. Amédée Thierry n'a montré avec plus d'éclat les rapports intimes qui unissent les lois, tout à la fois au mécanisme, au jeu des formes gouvernementales, au mouvement des esprits des gouvernants et des gouvernés, aux dogmes religieux et

Digitized by Google

philosophiques. Précisément parce que M. Amédée Thierry aime d'un amour sincère la liberté, non seulement il se console, mais il se réjouit en lui voyant perdre son caractère de *privilége* pour s'étendre successivement aux *Latins*, aux *Italiens*, aux *Provinciaux* et devenir ainsi commune *Urbi et Orbi*. Il partage les sympathies des plébéiens pour les étrangers vaincus et les alliés; il est pour l'extension des droits de cité, contre l'esprit d'exclusion et d'isolement du patriciat et ses préférences pour la cause des Gracques, de Marius et de César ne se dissimulent sous aucun voile. Il a moins d'objections que de reconnaissance pour le principat organisateur, centralisateur, démocratique, qui graduellement, par un persévérant travail d'émancipation, de nivellement et de fusion aboutit d'abord à l'unité de l'Italie, puis à l'unité politique, à l'unité administrative et civile, à l'unité intellectuelle et religieuse, c'est-à-dire à l'unité sociale, condition de l'affranchissement du monde, condition du règne de l'égalité.

Sans regrets pour le vieux droit national, *le droit quiritaire*, M. Thierry applaudit aux réformes de la jurisprudence prétorienne, à l'*Edit perpétuel*, à l'*Edit provincial*, à la généralisation des droits de citoyen que le nom de Caracalla et la possibilité d'une spéculation fiscale n'entachent pas assez à ses yeux pour la rendre suspecte. Les césars de famille romaine, les césars italiens, les césars provinciaux, les césars espagnols, les césars africains, les césars illyriens et gaulois trouvent grâce devant M. Thierry quand ils font progresser la cause de l'humanité. A chacun de ceux qui ont contribué à élargir la communauté d'idées, de croyances, d'intérêts, l'auteur dit avec le poëte :

Fecisti patriam diversis gentibus unam,
Profuit invitis, te dominante, capi;
Dumque affers victis patrii consortia juris,
Urbem fecisti quod prius orbis erat.

Le tableau de l'empire romain jusqu'à la fin du gouvernement impérial en occident est une vigoureuse réaction contre le pessimisme des considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence. Montesquieu est du parti des vaincus de Pharsale et de Philippes; il a la religion des regrets pour le passé; il semble avoir hérité

Digitized by Google

de l'aversion patricienne pour l'usurpation monarchique. Ce n'est pas que Montesquieu ne reconnaisse avec Tacite, avec Florus, que la République ne dût périr sous le poids de sa propre grandeur, et qu'il y eût après la mort de César impossibilité de la rétablir (chap. 12); mais il considère qu'avec l'Empire, Rome cessa d'être la maîtresse du monde pour recevoir des lois de tout l'univers et subir avec chaque empereur, pour les manières, pour les mœurs, pour la police, pour le culte, quelque importation d'un pays étranger (chap. 16).

M. Amédée Thierry, parce qu'il réagit, n'incline-t-il pas trop vers l'optimisme? Les Vespasien, les Trajan, les Adrien, les Marc-Aurèle, les Alexandre Sévère, les Dioclétien, les Constantin, qu'il appelle les *héros de Rome, mère et reine du monde connu*, ne lui font-ils pas trop facilement oublier Caligula, Néron, Commode, Caracalla, etc... des maîtres qui, comme on l'a dit, étaient moins des hommes que des monstres? Les progrès de la sociabilité n'amnistient pas les proscriptions, les massacres, les assassinats plus ou moins réglementés, les confiscations.

La question des origines, la lutte des deux ordres, c'est-à-dire, peut-être de deux races, d'une nation conquise et d'une nation conquérante, d'une plèbe de vaincus et d'un patriciat de vainqueurs, les lois agraires, la guerre sociale occupent-elles dans le livre une place mesurée à leur importance? La distribution de l'ouvrage n'a-t-elle pas subi l'influence de l'espèce d'attraction que le mouvement civilisateur de l'empire a exercée sur l'éloquent écrivain?

Sur l'ère impériale, M. Amédée Thierry est beaucoup plus riche en aperçus originaux et en féconds développements. Je serais cependant tenté d'indiquer un point qui paraît avoir échappé à la sagacité de son examen. Il ne parle guère des conditions économiques de la société romaine, sous les empereurs, de la distribution de la richesse, du degré de stabilité ou d'incertitude de la propriété foncière, de l'état de l'agriculture. N'aurait-il point, presque de parti pris, détourné ses regards des révolutions violentes dans les fortunes, qui étaient une suite des vicissitudes de la succession à l'empire et de l'oscillation des vengeanges confiscatrices? Je sais bien qu'il écrit que l'ancienne aristocratie tomba dans la pénurie et la misère et que sa cause et son esprit d'opposition

Digitized by Google

n'eurent pour représentants que des hommes nouveaux :

« On vit des hommes portant les plus illustres noms se faire bateleurs ou cochers du cirque, et un Gracchus, devenu gladiateur rétiaire, livrer aux divertissements de la populace le petit-fils de Cornélie. Il fallut, Tacite en fait foi, il fallut un sénatus-consulte, provoqué par Tibère, pour empêcher de nobles matrones de se faire inscrire officiellement au rôle des prostituées. Le parti des idées républicaines et aristocratiques n'eut même bientôt plus pour chefs que des hommes nouveaux; ni Corbulon, ni Pœtus Thraséa, ni Agricola, ni Helvidius n'appartinrent à l'ancien patriciat. Dès le second siècle, et surtout au troisième, les familles sénatoriales, étaient, pour la plupart, étrangères à l'Italie, et le sénat, entretenu et renouvelé par les provinces, formait, suivant une expression que j'ai déjà employée, une haute représentation du monde romain. »

Cette affirmation a été contredite [1], mais je la tiens pour très-vraisemblable. M. Thierry croit à l'avénement de la liberté civile sous l'empire; j'aurais voulu qu'il nous expliquât pourquoi, si sa foi est motivée, la petite et la moyenne propriété ne se reconstituèrent pas. La disparition de la petite et de la moyenne propriété, c'est la disparition des classes intermédiaires, c'est le contact direct et immédiat du prolétariat affamé avec l'opulence orgueilleuse et oppressive. A quelle cause attribue-t-il le fléau des *Latifundia*, ce fléau qui s'aggrave, l'abandon des terres, l'appauvrissement et le mépris du sol, la préférence pour l'argent?

Je ne demande pas à l'historien philosophe pourquoi, sous les empereurs, toute l'activité humaine se précipite avec une si âpre ardeur vers le salaire pécuniaire et honorifique des fonctions publiques; il me répondrait que la centralisation a

[1] L'idée contraire à celle de M. Thierry est exprimée dans une étude que nous pourrions appeler un livre, qu'un de nos jeunes confrères du barreau de Caen vient de présenter à notre Faculté pour conquérir le titre de docteur. — La thèse de M. Chrétien, auquel nous reprochons pourtant de n'avoir ni cité ni probablement consulté M. Amédée Thierry, renferme une introduction brillante dans laquelle il traite du régime de la propriété foncière chez les Romains et retrace avec beaucoup de sagacité le développement des institutions de crédit. La thèse a pour titre *Étude sur l'insinuation en droit romain et la transcription en droit français.*

Digitized by Google

des besoins multipliés qu'il faut satisfaire et des rémunérations pour tous les dévouements officiels. Mais au milieu de tous ces instruments de gouvernement, sous le réseau de cette immense hiérarchie de délégués, les administrés s'appartenaient-ils, ou au moins leur indépendance n'était-elle pas sujette à beaucoup de troubles et d'alarmes?

En ce qui me concerne, j'ai rétroactivement de grandes inquiétudes à l'endroit de la liberté civile qui console l'auteur de l'absence de la liberté politique.

Quoi qu'il en soit, parmi un grand nombre de chapitres excellents, je me permets de signaler les chapitres sur la marche vers l'unité par la littérature et les sciences, sur la marche vers l'unité par le droit, sur la marche vers l'unité par la religion. Le tableau du mouvement intellectuel, à ce triple point de vue, est d'un saisissant intérêt. La jurisprudence, cette science romaine entre toutes, trouve dans M. Thierry un historien d'une parfaite exactitude et d'une véritable élévation philosophique. L'histoire du droit gagne beaucoup à sortir de son isolement; elle est digne des plus hautes alliances, et j'aime à voir un de nos meilleurs écrivains s'en faire l'intermédiaire en les scellant du sceau de son vigoureux talent. Ce n'est pas M. Thierry qui se plaindrait de la métamorphose que, sous l'inspiration de la philosophie grecque et surtout du christianisme, subit la famille; il applaudit aux conquêtes du droit naturel sur le droit civil, au triomphe des liens du sang qui remplacent les liens politiques de l'ancienne puissance paternelle, au nouveau caractère de la propriété qui, après avoir été la chose exclusive du père, *mancipium*, puis la chose domestique, *dominium*, devient la chose de l'individu, *proprietas*.

M. Thierry explique aussi avec une vraie supériorité de vues comment Rome, si hospitalière pour les cultes étrangers qui n'étaient pas incompatibles avec l'élasticité de son propre culte, se montra longtemps si haineuse pour la religion juive et la religion chrétienne qu'aucune espérance d'assimilation ne permettait d'adopter. La religion de l'État ne se refusait pas à recevoir dans son sein des dieux nouveaux, des dieux auxiliaires, à titre de serviteurs supplémentaires de la souveraineté sociale. L'intolérance de la religion nationale cessa avec le patriciat, dont elle était l'arme, et l'octroi du droit de cité aux

Digitized by Google

vaincus dut s'étendre à leurs divinités. Comment la capitale de tous les empires n'eût-elle pas, dans un Panthéon, réuni tous les autels ? Mais le judaïsme et le christianisme, fondés sur l'unité et la spiritualité de Dieu, étaient exclusifs de tout effort de confusion et d'amalgame. Quel a été le résultat de cette association, de ce mélange, de ce nivellement, pour ne pas dire de cet avilissement de toutes les religions polythéistes? La préparation des esprits au règne d'une religion qu'aucune persécution n'a pu vaincre, qui ne devait pas se laisser conquérir, parce qu'elle devait elle-même conquérir le monde et commander à son tour *urbi et orbi*. Ici M. Thierry est en parfait accord avec Montesquieu.

« Ceci (et Montesquieu parle de l'introduction des cultes étrangers dans les temples romains), ceci, indépendamment des voies secrètes que Dieu choisit et que lui seul connaît, servit beaucoup à l'établissement de la religion chrétienne. » Sous ce rapport la conclusion du pessimisme est la conclusion de l'optimisme, et cette conclusion préjuge singulièrement la vérité de l'idée que le gouvernement des empereurs a puissamment contribué à préparer la civilisation moderne.

A. BERTAULD.

Digitized by Google

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF ROMAIN,

Par M. Serrigny, professeur à la Faculté de droit de Dijon.
1862, Durand.

Compte rendu par M. L. de Valroger,
professeur à la Faculté de droit de Paris.

Que notre droit civil soit en grande partie dérivé du droit romain, c'est ce que n'ignorent pas ceux qui sont le moins familiers avec la jurisprudence. Les rapports de notre droit administratif avec celui de Rome sont beaucoup moins connus; on s'imagine communément que tout est nouveau dans cette partie de nos institutions. Il s'en faut bien cependant qu'elle soit une pure création de notre temps. Les bases de la Constitution ont été changées; mais l'organisation de nos services publics a retenu beaucoup de traits empruntés aux institutions administratives de notre ancienne monarchie. Et comment ces institutions s'étaient-elles formées? Lorsque la royauté, s'arrachant à l'impuissance à laquelle la féodalité l'avait réduite, commença son travail de centralisation, elle prit pour conseils des légistes imbus du droit romain. La société qui s'y montre était leur idéal : le *corpus juris* fut la source de leurs inspirations, et c'est à l'image de l'empire romain qu'ils entreprirent de reconstituer la France.

Le lien qui unit ainsi nos institutions administratives à celles de Rome ne pouvait échapper à M. Serrigny. Le savant professeur de Dijon n'est pas de ceux qui s'enferment dans l'interprétation des lois existantes sans remonter au delà, sans se demander comment elles ont pris naissance. Il est habitué, au contraire, à fouiller le sol légal pour y chercher les racines des institutions. Très-versé dans l'étude de notre ancienne France [1], M. Serrigny connaît à fond le droit romain. Il s'est convaincu que beaucoup de choses ont passé du droit adminis-

[1] On en trouve la preuve dans un mémoire très-intéressant sur nos communautés rurales que M. Serrigny a placé en appendice à la suite de l'ouvrage dont je rends compte.

Digitized by Google

tratif de Rome dans le nôtre, et il a entrepris l'œuvre aussi neuve qu'utile à laquelle je viens payer un tribut tardif. La *Revue* mérite vraiment quelque reproche pour avoir négligé de signaler plus tôt à ses lecteurs une publication de cette importance.

M. Serrigny n'y a point embrassé toute la durée de l'empire. Limitant son étude pour lui donner plus de profondeur, il l'a renfermée dans les bornes du IVe au VIe siècle. Le droit qu'il expose est donc celui qui régissait l'empire quand il succomba sous l'invasion des barbares. Ce droit reposait sur le Code Théodosien. M. Serrigny a pris ce Code pour sujet d'étude. Il avait le secours du commentaire de Godefroy, monument admirable d'érudition qui coûta à son auteur trente ans de travaux. Mais à bien peu aujourd'hui prendrait l'envie de secouer la poussière qui recouvre les six in-folio de Godefroy. A notre époque affairée on n'a pas le temps de lire ce qu'on trouvait autrefois le temps de composer. Remercions M. Serrigny de s'être donné ce labeur et d'avoir fait passer la substance du commentaire de Godefroy dans deux volumes d'une facile lecture.

M. Serrigny mêle à son exposition du droit romain des rapprochements pleins d'intérêt avec le droit français. Beaucoup de ces rapprochements sont d'une incontestable justesse, d'autres suscitent des objections. Je ne puis, par exemple, concéder à M. Serrigny que l'origine des fiefs se trouve dans les bénéfices de l'empire romain où je ne vois que des colonies militaires. Je persiste aussi à penser que Rome ne connut point notre belle institution du ministère public : j'en aperçois bien un germe, mais ce germe ne se développa point. M. Serrigny ne s'étonnera pas de ces dissentiments. Il ne s'est pas flatté d'amener tout le monde à son avis sur toutes les questions qu'il traite.

Un ouvrage de ce genre se juge surtout d'après son ensemble; donnons donc une idée du plan que M. Serrigny s'est tracé.

L'auteur recherche d'abord la nature du pouvoir impérial, ses attributions, l'organisation du gouvernement central. Il descend de là à l'administration provinciale, et de celle-ci au régime municipal. A côté de l'administration civile il place l'armée, et aussi l'Église dans ses rapports avec l'État. Voilà le personnel administratif de l'empire. Une seconde partie de

Digitized by Google

l'ouvrage est consacrée aux principaux objets qui sont la matière du droit administratif, comme le domaine, les impôts, les travaux publics, l'enseignement, les jeux et les spectacles. Enfin, dans une troisième partie, l'auteur décrit la condition des diverses classes, le régime des corporations.

Le voilà cet immense empire tel qu'il était quand les barbares le renversèrent. Il obéit à un souverain absolu dont les volontés, les fantaisies sont la seule loi du monde. Sa personne est sacrée : tout ce qui se rapporte à lui a pris un caractère sacré. Comment appelle-t-on les dépenses publiques? Ce sont les largesses que ce dieu terrestre daigne faire à ses peuples, *sacræ largitiones*. Ces peuples sont groupés en préfectures, en diocèses, en provinces : Ainsi la Gaule, l'Espagne et la Bretagne romaine forment une préfecture dont la Gaule n'est qu'un diocèse divisé lui-même en nombreuses provinces. Un préfet du prétoire administre chacun des vastes départements qu'on nomme préfectures; il a dans chaque diocèse un lieutenant, *vicarius*, sous les ordres duquel sont les gouverneurs provinciaux. Au-dessous de ces hauts fonctionnaires, il y a une armée d'agents de toutes sortes, dont le principal rôle est de tirer des peuples l'impôt qui leur est demandé sous toutes les formes. L'or ainsi fourni par le monde arrive de toutes parts au maître suprême, qui prend pour lui ce qu'il veut et fait l'aumône du reste aux nations sur lesquelles il règne. Le système municipal n'est plus lui-même qu'une machine fiscale qui sert à pressurer les populations; service détesté, auquel il fallut attacher par un lien de fer les curiales et leur descendance. On ne maintenait que par le même moyen les corps de métiers. La souffrance étant partout, le vide se serait fait dans les services les plus nécessaires si l'État n'eût emprisonné chacun dans la position où l'on avait besoin de lui. La législation fulmine contre ceux qui voudraient changer de condition et quitter celle de leur père. C'est presque le régime des castes de l'Inde.

L'empire romain n'avait pas toujours eu cette forme; il n'avait pas toujours connu ces misères. Transportons-nous par la pensée dans une autre période de son histoire. Nous voyons l'autorité impériale affecter des manières presque républicaines. L'organisation administrative offre une simplicité vigoureuse : du gouvernement central relèvent directement les gouverneurs de

Digitized by Google

province. A la base il y a un réseau de municipalités libres et prospères.

Je regrette que M. Serrigny n'ait pas étendu son étude à cette première époque de l'empire. Son ouvrage attend ce complément. Jusqu'à ce qu'il nous l'ait donné, je renvoie le lecteur au *Tableau de l'empire romain*, par M. Am. Thierry, beau livre que M. Bertauld a si bien apprécié dans l'article qui précède. M. Am. Thierry ne descend pas aux détails; il se tient sur les hauteurs du sujet. Avec une grande largeur de vues et dans le plus beau style il montre les grandes choses que l'empire accomplit au temps de sa force et surtout l'imposante unité qu'il donna au monde.

Mais comment cette grandeur fut-elle suivie d'une si profonde décadence? Voilà ce qu'on se demande. On attend la réponse : M, Thierry ne la donne pas. Il détourne ses yeux de cette décadence et se contente de montrer les barbares qui s'agitent sur les frontières. Il trace à grands traits l'histoire des invasions et ne cherche pas d'autre cause à la chute de l'empire. M. Thierry néglige ou évite de rechercher si cette chute n'avait pas été préparée par quelque maladie intérieure. Il est bien clair cependant que les barbares n'auraient pas triomphé de l'empire s'il eût gardé sa vigueur première. Mais il l'avait perdue depuis longtemps; ce n'était plus qu'un corps défaillant, soutenu par des moyens artificiels et forcés qui achevaient d'épuiser la vie. D'où vint cette défaillance? M. Serrigny n'est pas embarrassé pour l'expliquer, et, mettant en pleine lumière ce que M. Thierry a laissé dans l'ombre, il montre sa cause dans le pouvoir sans frein, sans limites des Césars. L'unité que l'empire donna au monde, cette unité qui fascine M. Am. Thierry, ce fut l'unité dans la servitude. Le despotisme porté à cet excès ne pouvait pas porter d'autres fruits. « Semez, » dit M. Serrigny, « semez la liberté dans une lagune comme à Ve-
« nise à son origine, dans un marais comme la Hollande, dans
« un îlot comme en Angleterre, et il en sortira une nation grande
« et glorieuse dont les membres seront riches, puissants, ho-
« norés et respectés. Donnez à des despotes le monde entier,
« comme l'empire de Rome, capitale de l'univers, fut donné
« aux césars ou plutôt pris par eux; ils lèveront de grandes
« armées, créeront de grandes et belles routes, construiront
« des bâtiments et des monuments grandioses, organiseront

Digitized by Google

« une administration régulière, uniforme, bien centralisée, « instrument de domination. Tout cela ne produira à la longue « que misère, désolation, et finalement il n'en restera qu'un « cadavre putréfié, foulé aux pieds par les barbares. »

Je veux laisser le lecteur sous l'impression de ces mâles paroles et de cette grande leçon. L. DE VALROGER.

HISTOIRE DU BARREAU DE PARIS,

Par M. Gaudry, ancien bâtonnier de l'Ordre.
(Paris, Durand, 1863, 2 vol. in-8°.)

Ce n'est pas une histoire littéraire ou politique que M. Gaudry a entrepris d'écrire. Il n'a voulu que dresser les annales de l'Ordre, à la tête duquel son mérite et le caractère le plus honorable l'avaient placé. Cette œuvre écrite sans prétention, remplie de recherches précieuses et de faits intéressants, sera un fil conducteur pour celui qui voudra entreprendre d'exposer le rôle politique du barreau de Paris aux différentes époques, ou les vicissitudes de l'éloquence judiciaire dans un corps illustré par tant de grands talents.

CODE D'AUDIENCE,

Par M. Éloy, substitut du procureur impérial à Louviers.
(Paris, Durand, 1865.)

Ce volume contient à la fois le Code pénal avec toutes les lois qui en ont modifié le texte et les dispositions législatives spéciales sur la répression des crimes, délits et contraventions de toute nature. L'ordre adopté par l'auteur, les tables qui se trouvent au commencement et à la fin de l'ouvrage en rendent l'usage prompt et facile, et en font un livre précieux pour les recherches de l'audience.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. A. Bertauld,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

RÉCENTS ARRÊTS SUR LES SUBSTITUTIONS PROHIBÉES [1].

Nos grands recueils n'ont jamais été, plus qu'en ces derniers temps, riches d'arrêts sur les substitutions, et la variété des solutions est bien loin d'avoir pour unique cause la variété des espèces. Des dissidences, et, pour employer le mot propre, de véritables contradictions doctrinales éclatent dans la jurisprudence et sont, en cette délicate matière, comme un témoignage d'une sorte d'obscurcissement de principes et de quelque confusion d'idées.

Comment pourrait-il y avoir unité de tendance et d'application lorsque les raisons fondamentales des prohibitions de la loi restent encore enveloppées d'ombres, et que des motifs secondaires usurpent, en les masquant, la place des motifs décisifs et essentiels?

La défense de disposer, ou seulement de paralyser dans la main où ils sont passés, par l'effet de notre volonté, des biens qui ont cessé d'être les nôtres, est un frein qui révolte singulièrement l'amour de l'homme pour la domination, puisqu'il déploie tant d'efforts pour s'y dérober. Ce frein, pourtant, n'a rien de tyrannique et d'arbitraire; la propriété dont nous nous dépouillons entre-vifs, ou dont la mort nous dépouille, ne peut appartenir à deux maîtres à la fois, à nous et à nos gratifiés : nous ne pouvons faire la loi de la succession de nos légataires et de nos donataires. Nous ne pouvons pas tester pour autrui; nous ne pouvons pas davantage faire tester pour nous par autrui. Mais si la défense de faire faire ou de faire compléter nos testaments par des tiers, investis du mandat de nous choisir des héritiers, a la même sanction que la défense de

[1] V. t. XXV, p. 385, l'examen doctrinal sur les substitutions *de eo quod supererit.*

Digitized by Google

tester pour nos héritiers, a-t-elle le même fondement? Ni l'une ni l'autre n'a la sanction rigoureuse et radicale de l'article 896 du Code Napoléon. Le testament pour autrui, ou par autrui, n'implique pas, en effet, nécessairement l'existence d'une substitution prohibée. Si la personne dont je fais conditionnellement le testament a eu, pendant sa vie, le droit d'aliéner, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, le bien qu'elle tient de moi et dont je dispose cependant dans sa succession, je commets un excès de pouvoir, et l'expression de ma volonté sera impuissante. L'article 900 du Code Napoléon paralysera ma tentative d'empiétement. De même si je charge mon donataire ou mon légataire de me choisir, en se choisissant à lui-même, dans une catégorie de personnes — cette catégorie fût-elle étroite, dans sa famille ou dans la mienne — un successeur pour les choses données ou léguées, je le charge de rendre à un destinataire que je n'indique pas; mais cette charge n'est pas exclusive de la faculté pour mon mandataire de disposer entre-vifs, et, partant, la nullité ne porte que sur le mandat de transmettre, de mon chef, ce qu'il doit rester libre de transmettre, de son propre chef, et comme propriétaire.

Sans doute, la *faculté d'élire* n'est pas par elle-même et toujours incompatible avec l'obligation de conserver, et, sous ce rapport, elle se concilie avec l'existence d'une substitution prohibée; mais elle n'en saurait être l'aggravation; elle en serait plutôt l'atténuation, puisque les deux transmissions successives ne seraient pas l'œuvre d'une volonté unique, et que la même personne ne cumulerait pas le rôle de législateur dans deux successions. J'ajoute que le bien donné ou légué ferait si bien partie de la succession du chargé d'élire, qu'il devrait être compris dans la masse sur laquelle se calculeraient et la réserve et la quotité disponible, si le donataire ou le légataire laissait des héritiers réservataires; toutefois, il ne convient pas d'insister sur cette dernière considération, parce qu'elle suppose que l'article 896 n'est pas applicable, et c'est précisément le point qui est en question.

Mais l'idée principale, à savoir : qu'un même propriétaire ne dispose pas deux fois du même bien — a été contestée ou au moins méconnue dans quelques arrêts qui ont entraîné des interprètes, — trop enclins peut-être à subordonner à la jurisprudence le droit qu'ils assouplissent tellement qu'il cesse

Digitized by Google

d'être une règle pour le juge et devient un docile instrument.

La Cour de Rennes, dans un arrêt du 9 mai 1849, annule, pour cause de substitution prohibée, la disposition suivante :

« Je déclare léguer à mon mari la pleine propriété de tous mes biens meubles et immeubles, à la charge de disposer et de transmettre dans leur état les fermes de..... aux membres singuliers de mon estoc qu'il voudra. »

Un arrêt de la chambre civile a rejeté le pourvoi contre cette décision (Devill., 1851, 1, 361 ; Dalloz, 1851, 1, 104).

M. Troplong semble donner son approbation à cet arrêt. Cependant l'éminent magistrat a écrit : « Si la faculté d'élire est liée à une substitution prohibée, elle doit tomber, non pas comme faculté d'élire, mais comme substitution. »

Telle est l'expression de la doctrine de M. Troplong, et, pour notre compte, nous y adhérons entièrement; mais, à nos yeux, cette théorie implique la critique et même la condamnation de la solution de la Cour de Rennes. Dans l'espèce, en effet, la testatrice avait-elle enlevé à son mari la faculté de disposer, soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit, des biens qu'elle lui léguait? Avait-elle même fait un legs subsidiaire de ces biens aux membres de son estoc qui seraient désignés par le premier légataire et qui lui survivraient? Non, l'héritier de la femme que le mari choisirait tiendrait son titre, non de sa parente, mais de son allié. Le testament ne contenait pas un double ordre successif.

Un arrêt de la chambre des requêtes, du 28 février 1853, qui rejette un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Poitiers, du 6 février 1852 (Devillen., 1853, 1, 232), et enfin un arrêt du 30 novembre 1853, qui rejette un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Nîmes, du 8 décembre 1852 (Devillen., 54, 1, 27), soulèvent les mêmes objections.

Il est vrai que, par un arrêt du 8 novembre 1847, en rejetant un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Aix, du 8 février 1847, la chambre des requêtes avait jugé que la charge d'élire un héritier pour recueillir les biens donnés ou légués constitue—non pas une substitution prohibée — mais seulement une condition nulle.

Il n'entre pas dans notre pensée d'apprécier les diversités d'espèce; nous nous bornons à dégager la considération principale qui semble avoir conduit à décider que la charge d'élire

Digitized by Google

pour les biens donnés ou légués un héritier dans une catégorie déterminée de personnes, tombe sous l'application de l'article 896 du Code Napoléon : cette considération, c'est que la charge de rendre à l'élu implique la charge de conserver; mais c'est précisément commencer par supposer résolue la question à résoudre.

La clause de retour au profit d'un tiers peut très-bien n'entraîner le plus souvent qu'une substitution *de residuo;* s'il y a controverse sur le point de savoir quel est l'effet de la sous-institution, on s'accorde du moins à reconnaître que l'institution première n'est pas caduque. Le sous-institué qui survit à l'institué peut-il réclamer le bénéfice de sa sous-institution? C'est ce que nous avons récemment examiné, dans une discussion que nous ne pourrions renouveler qu'en nous exposant à des redites (V. *Revue critique*, t. XXV, p. 385 à 392).

Quand la charge de conserver n'est pas exprimée, quand elle ne ressort pas nécessairement du rapprochement des clauses de la disposition, c'est la substitution *de residuo* dont on doit seulement présumer l'existence; le retour n'est qu'une vocation héréditaire subsidiaire; c'est une substitution en second ordre à titre successif, mais une vocation pour l'hypothèse seulement où le premier gratifié aura conservé les biens. Le retour n'est pas exclusif du droit de disposition à titre onéreux ou à titre gratuit; le donataire ou le légataire qui en est grevé n'est privé de sa souveraineté qu'au moment de sa mort. Le retour est réputé n'avoir que la portée du retour que nos coutumes établissaient pour les héritages paternels au bénéfice des parents paternels, et pour les héritages maternels aux parents maternels, *paterna paternis, materna maternis* (V. l'art. 245 de la Coutume de Normandie, et Basnage, t. Ier, p. 412; V. aussi l'art. 324 de la Coutume d'Oréans, etc.).

Il y a plus : la réserve du droit de retour, au profit d'un tiers, d'un bien donné sous une condition dont l'inaccomplissement aurait un effet résolutoire, c'est-à-dire entraînerait l'anéantissement des dispositions, à titre gratuit ou à titre onéreux, faites par le donataire, ne constitue une substitution prohibée qu'autant que le retour est subordonné à la survie du bénéficiaire; si la survie du tiers au premier gratifié n'est pas la condition de l'ouverture du droit de retour, il n'y a qu'une donation résoluble, et la résolution, si elle s'opère, s'opérera non-seulement au profit

Digitized by Google

personnel du tiers indiqué s'il est vivant, mais au profit de ses représentants — c'est-à-dire de sa succession — s'il est mort. Sans la condition de survie du bénéficiaire du retour, il n'y a pas constitution d'un double ordre successif; le disposant n'a pas disposé d'une portion du patrimoine du premier gratifié, puisque le premier gratifié n'était saisi que conditionnellement, et que la condition venant à défaillir, il est réputé n'avoir jamais été saisi.

C'est ainsi qu'un donateur ou un testateur peut très-valablement stipuler, au profit de ceux qui seront ses héritiers au moment où il mourra, pour l'hypothèse, par exemple, où ce donataire ou ce légataire décéderait sans enfants. Il n'y aurait de substitution qu'autant que le droit réservé aux héritiers du donateur ou du testateur serait soumis à la condition qu'ils survivraient au donataire ou légataire avec clause résolutoire.

C'est ainsi que, par un même acte entre-vifs, une personne peut donner un certain bien à *Pierre*, qui accepte sous la condition que la donation sera résolue si *Pierre* meurt sans postérité au profit de *Paul* qui accepte également.

La coexistence d'une double disposition testamentaire au profit de *Pierre*, mais sous une condition résolutoire au profit de *Paul* si *Pierre* meurt sans postérité, paraît exclue par l'article 1040 du Code Napoléon, qui exige que le légataire sous condition soit capable, et, par conséquent, vive non-seulement au décès du testateur, mais au moment de l'accomplissement de la condition. *Paul* devant donc survivre à *Pierre* pour recueillir le legs fait à celui-ci, mais avec la chance d'une résolution, en cas de non-existence d'enfants, serait un substitué et l'article 896 serait applicable. Nous avons ailleurs essayé de démontrer tous ces points que nous nous bornons à résumer ici (V. notre article *des Substitutions et des vraies causes de leurs prohibitions*. — *Revue pratique*, t. XII, p. 467).

Les différences fondamentales qui séparent les dispositions conditionnelles valables des substitutions prohibées ont-elles toujours eu la part d'influence qu'elles avaient à exercer sur les questions de retour qui se produisent depuis quelques années avec tant de fréquence devant nos tribunaux ? Pour qui ne consulte que les motifs des décisions, et qui ne peut vérifier les espèces particulières, il est bien permis de concevoir quelques doutes.

Digitized by Google

Ce qu'il importe seulement de bien constater, c'est que la stipulation d'un retour au profit d'un tiers, 1° n'implique point par elle-même, si la condition se réalise, qu'elle opère avec effet rétroactif et résolutoire, et que par suite elle ne renferme pas virtuellement l'obligation de converser; 2° ne suppose pas toujours et nécessairement que le tiers bénéficiaire de la réversion doive survivre à la réalisation de la condition pour en recueillir le bénéfice, puisque ce bénéfice peut appartenir à ses ayants cause.

Deux arrêts de rejet de la Chambre des requêtes du 7 mai 1862 et du 1er août 1864 ne contredisent ni ne sanctionnent ces idées qui, vraisemblablement, ne trouvaient pas leur place dans les espèces sur lesquelles ils ont statué (Dalloz, 62, 1, 289; 64, 1, 495).

A ces arrêts d'ailleurs on peut opposer deux arrêts de la Chambre des requêtes du 27 février 1843 et du 3 mars 1864 (Sirey, 43, 1, 440; 64, 1, 167). V. aussi Cass., 14 mars 1832 (D., 31, 1, 628), 5 juillet 1832 (D., 33, 1, 14), 17 février 1836 (D., 36, 1, 213).

La Cour de cassation n'a jamais admis en principe que la charge de rendre le bien donné ou légué renferme la charge de conserver; elle a interrogé les circonstances, ou au moins accepté ou subi l'appréciation du juge du fait et, avec cette réserve de rédaction qui est le cachet de ses décisions, elle s'est abstenue de formuler une théorie. Cette discrétion doctrinale laisse une grande latitude au pouvoir discrétionnaire et à la discordance des interprétations que protége une sorte de souveraineté; par suite, en cette matière ardue, dans l'œuvre judiciaire, les impressions de conscience dominent la préoccupation de la volonté de la loi.

Les Cours impériales, lorsqu'elles annulent une disposition pour cause de substitution, ont presque l'indépendance d'un jury; la cassation ne menace guère que les arrêts qui, tout en constatant l'existence de la double charge de conserver et de rendre, écarteraient l'article 896 du Code Napoléon.

Cet article est un de ceux qui ont soulevé le plus de débats; les jurisconsultes les plus accrédités paraissent ne l'aborder qu'avec de grandes hésitations, des idées flottantes, et cependant excessives, tantôt dans le sens du rigorisme, tantôt dans le sens d'une molle indulgence. Ces embarras ne proviennent-

Digitized by Google

ils pas de l'inexactitude — ou au moins de l'insuffisance — de l'explication des causes de l'interdiction des substitutions? L'explication empruntée à l'économie politique n'excluait point, ne primait même pas l'explication juridique : pourquoi donc celle-ci a-t-elle été sacrifiée à celle-là?

Quoi qu'il en soit, je puis citer comme preuve de l'incertitude sur les applications de la prohibition, une espèce curieuse, objet d'une controverse qui n'est pas encore arrivée à son denoûment : un testament est ainsi conçu :

« Testament en faveur de M., mon épouse, que je reconnais pour ma seule et unique légataire universelle, sans autre clause ni réserve qu'elle disposera de mon bien à sa volonté envers ma famille ; à elle seule j'en laisse le soin, sachant qu'elle n'en voudra pas faire bénéficier sa famille. »

Le mari testateur et la femme légataire sont morts dans le même événement, mais il est reconnu que la femme a survécu au moins pendant quelques moments.

Ce testament a paru prêter le flanc à trois systèmes d'attaque: Contient-il une substitution prohibée?

Ne renferme-t-il pas du moins une substitution *de residuo*, c'est-à-dire, d'après une jurisprudence que j'ai, dans cette revue, combattue, une vocation conditionnelle, mais valable, au profit collectif des héritiers du testateur puisque aucun d'eux n'a été choisi par la légataire.

Dans tous les cas, les héritiers du mari ne peuvent-ils pas soutenir que leur désignation pour héritiers est réputée accomplie puisqu'un cas de force majeure, un sinistre en a empêché l'accomplissement de la part de l'épouse survivante?

Le tribunal de première instance n'a pu se résoudre à suppléer la charge de conserver qui n'était pas écrite ; mais il a pensé que la charge de rendre n'était pas exclue, soit par la nécessité, soit par la faculté de disposer par testament, à l'exercice de laquelle la légataire était au moins conviée par son mari. Il a en conséquence déclaré que les héritiers du testateur étaient valablement appelés à recueillir le legs conditionnel dont la femme seulement n'avait pas eu le temps de préciser l'application. La Cour a répudié ce moyen terme, mais est arrivée au même résultat en proclamant l'existence d'une substitution prohibée.

Cette décision va être soumise, ou est déjà soumise à la Cour

Digitized by Google

de cassation. Je ne me crois le droit ni de la critiquer, ni de l'approuver, ni surtout de préjuger sa destinée. Tous les amis de la science espèrent qu'elle provoquera une de ces discussions substantielles et un de ces arrêts qui, au lieu d'encourager et d'alimenter les procès, les préviennent en donnant satisfaction tout à la fois à la logique du droit et aux intérêts sociaux.

C'est encore parce que la raison fondamentale de la prohibition des substitutions est restée obscure, qu'on agite le point de savoir si un testament nul pour vice de substitution révoque, aux termes de l'article 1037 du Code Napoléon, un testament contraire antérieur.

L'inexécution de la disposition dérive-t-elle de l'incapacité des gratifiés? Ne dérive-t-elle pas surtout de l'incapacité du disposant auquel la loi ne permet de disposer qu'une seule fois de son bien? Si la disposition périt par défaut de pouvoir, si elle périt par un vice bien moins personnel au gratifié qu'inhérent à la volonté du gratifiant, il est impossible de songer à l'application de l'article 1037. La Cour de cassation fournit plus d'un préjugé en faveur de l'opinion que les auteurs modernes s'accordent à rejeter sans la discuter.

Dans une espèce où la question était de savoir si le legs fait par un mineur devenu majeur aux enfants de son ancien tuteur, dont le compte n'avait pas été apuré, révoquait, bien qu'il fût nul, un précédent legs, la chambre civile déclare « que l'article 1037 ne s'applique qu'au cas où il s'agit exclusivement d'une incapacité de recevoir personnelle à l'institué, et non pas lorsqu'il s'agit, non-seulement de l'incapacité de l'institué, mais encore et principalement de l'incapacité du disposant lui-même » (11 mai 1854, Dev., 1. 261).

Si ce principe est vrai, il s'applique aux legs qui ne reçoivent pas leur exécution par suite du vice de substitution.

Un arrêt de la chambre des requêtes, du 5 juillet 1858, était déjà entré très-avant dans cette voie en reconnaissant que la clause expresse de révocation écrite dans un testament nul pour cause de substitution peut être réputée non avenue si, d'après les intentions présumées du testateur, elle est subordonnée à l'exécution des dispositions auxquelles elle est jointe (5 juillet 1858; Dev., 58, 1, 578). La Cour de Caen, sous la présidence de M. le premier président Dagallier, a

Digitized by Google

suivi cette jurisprudence dans un arrêt du 17 janvier 1865.

Un décret rendu en Conseil d'État, des 14 et 31 octobre 1810, consacre cette solution.

Je sais bien qu'un arrêt de la Cour de cassation du 25 juillet 1849, a consacré la doctrine contraire (Dev., 49, 1, 673).

Mais au point de vue de la philosophie du droit, je veux dire au point de vue de la raison, au point de vue de l'esprit de la loi, n'est-il pas certain que l'incapacité de faire les deux transmissions successives qui entraînent, sous prétexte d'une indivisibilité, qu'une peine ne sanctionne que pour la frapper, la caducité de la disposition principale et de la disposition secondaire doit également entraîner la caducité de la révocation expresse et surtout de la révocation tacite? Est-ce que la révocation ne s'annonce pas comme une affaire d'exécution, comme une simple conséquence? Est-ce qu'elle n'est pas liée au sort de l'excès de pouvoir commis par le disposant? Sans doute la révocation pourrait, par une manifestation précise de volonté, être rendue indépendante de la destinée de la libéralité nouvelle; mais la présomption n'est-elle pas que l'effet révocatoire n'est que conditionnel? L'article 1037, dans les hypothèses pour les quelles il est fait, présume que la révocation n'est pas subordonnée, qu'elle est d'une efficacité absolue, et quoi qu'il advienne. C'est cette présomption que nous ne croyons pas pouvoir étendre aux révocations attachées aux substitutions prohibées. Au reste, même dans les cas auxquels elle est applicable, son autorité n'est pas exclusive d'un témoignage de volonté contraire.

La vraie cause de la prohibition des substitutions n'est pas non plus sans influence sur une difficulté qui, à notre connaissance, s'est déjà présentée deux fois dans la pratique. Quel est le sort d'une substitution écrite dans un testament rédigé sous l'empire, dans les conditions et sur la foi de la loi du 17 mai 1826, lorsque le testateur ne meurt que depuis la loi du 7 mai 1849?

La loi de la mort n'annule-t-elle, en en isolant la disposition principale, que les institutions secondaires qu'elle proscrit, ou enveloppe-t-elle dans la nullité même ce qui reste en soi permis et susceptible d'exécution? La présomption d'indivisibilité qui enchaîne l'institution principale à la sous-institution a surtout le caractère d'une sanction pénale; elle est comme un

Digitized by Google

moyen préventif des violations dont les donateurs ou testateurs pourraient avoir la tentation. Le testateur ou le donateur est averti que, s'il ne tient pas compte de la volonté législative, sa volonté à lui-même sera condamnée à l'impuissance. Mais comment punir un disposant qui n'a fait que ce qu'il était autorisé à faire? On le punit, dira-t-on, pour avoir maintenu ce que la loi nouvelle a défendu; mais il a pu mourir dans l'ignorance de cette loi nouvelle et le lendemain de sa promulgation; mais il avait perdu peut-être par une interdiction la capacité de refaire son testament quand la loi est survenue, et il n'a jamais été en mesure de lui obéir.

Sans doute l'indivisibilité a aussi pour cause, mais pour cause accessoire, l'incertitude sur la volonté du disposant; n'est-il pas prudent de paralyser la volonté tout entière plutôt que de s'exposer à la tromper, à la fausser, en la scindant et en la mutilant? Les lois successives qui ont régi les substitutions ne se sont pas arrêtées devant l'indivisibilité envisagée sous cet aspect, et elles ont souvent maintenu l'institution principale en effaçant les sous-institutions; elles ont même quelquefois maintenu certaines sous-institutions en ne faisant périr que les sous-institutions qui n'étaient pas ouvertes, et la loi même du 7 mai 1849, dans son article 9 pour les substitutions qu'elle régit, distingue entre celles qui sont établies au profit d'appelés nés ou conçus lors de sa promulgation et celles qui concernent des appelés qui n'étaient ni nés ni conçus. La loi du 14 novembre 1792 fournit le même argument.

A la vérité le testateur doit être capable à une double époque, à l'époque où il teste et à l'époque où il meurt; mais il n'est pas question de valider, sous prétexte de la date de la rédaction, celles des dispositions qui ont cessé d'être licites. Nous reconnaissons qu'il faut retrancher du testament tout ce qui est contraire aux prescriptions de la loi nouvelle; mais cette loi nouvelle peut-elle être entendue en ce sens qu'elle frappe le tout, même la partie qu'elle tient pour légitime, et cela sous le prétexte d'un contact qui l'aurait infectée d'un vice? En effet, nous supposons qu'au moment de la confection de l'acte la sous-institution était aussi légitime que l'institution, et si elle a pu devenir vicieuse, elle n'a pu vicier l'institution qui sous les deux lois est tenue pour valable prise isolément; *vitiatur sed non viciat.*

Digitized by Google

M. de Savigny a très-judicieusement remarqué que les lois romaines contenaient des dispositions transitoires très-précises sur la question de savoir à quels testaments les lois nouvelles doivent ou non s'appliquer. J'adhère bien à l'idée de l'illustre auteur que ces dispositions ne sont pas toujours l'expression de principes regardés comme vrais, qu'elles peuvent ne contenir qu'une exception toute de bienveillance; mais ces pensées de ménagement pour ce qui existe sont vraisemblables et souvent elles ont le caractère de l'évidence. M. de Savigny cite la *lex Falcidia* (Dig., livre XXXV, t. 2. L. 1 *in princ.*). La loi 29, C., *De testamentis*, la novelle 66, ch. 1er, § 1er, la novelle 18, la novelle 66, la loi 8, C., *De naturalibus liberis*, et enfin la loi unique, § 15, C., *De caducis tollendis*, livre VI, tit. 51.

Dans le droit européen, des lois de fond comme des lois de forme déclarent expressément qu'elles ne s'appliqueront qu'aux testaments futurs. M. de Savigny constate encore que la loi qui promulgua le Code prussien en 1794 porte dans son § 12 que tous les testaments faits à cette époque seront entièrement jugés d'après les anciennes lois, lors même que le testateur ne décéderait que plus tard, et le grand jurisconsulte qui souligne le mot *entièrement* explique que ce mot a pour but d'étendre la non-rétroactivité non-seulement à la forme, mais au contenu du testament. La non-rétroactivité, quant à la forme testamentaire, n'est pour lui que l'application de la règle, tandis que la non-rétroactivité pour le contenu est un tempérament de mansuétude et d'équité (*Traité de droit romain*, traduction de Guenoux, t. IV, p. 462 à 472).

Nous n'avons pas besoin de chercher dans la loi de 1849 une exception de bienveillance pour faire survivre la disposition principale à la caducité des dispositions accessoires qui sont seules vicieuses; nous n'avons qu'à écarter la rétroactivité d'une sanction pénale que le disposant n'a pu avoir la conscience d'encourir; le disposant pouvait effacer, dit-on, les sous-institutions illicites; mais la loi nouvelle les a effacées pour lui; il pouvait révoquer la partie devenue illégale de son testament; mais la loi s'est chargée elle-même de cette révocation. En testant conformément à la loi contemporaine de sa volonté testamentaire, le testateur a pu sans doute prévoir que cette volonté pourrait être paralysée en tout ou en partie par une loi postérieure; mais il n'a pas dû prévoir que celles de ses dispo-

Digitized by Google

sitions qui seraient valables, en vertu de la loi de son décès, seraient solidaires de celles des autres dispositions que cette loi pourrait condamner; il n'a pas pu être averti qu'un lien indestructible enchaînerait l'institution d'héritier à la charge de conserver et de rendre, et par conséquent il n'a pas hasardé le tout pour le tout; il n'a pas fait acte de rébellion contre une loi qui n'existait pas encore, et si le bénéfice de l'ancienne loi ne lui est pas acquis pour valider tout ce qu'il a fait, il doit au moins lui rester acquis pour ce qui est légitime sous la nouvelle loi comme sous la loi ancienne.

Cette théorie a contre elle un arrêt de la Cour de Rouen rendu en audience solennelle dans l'affaire de Révérony contre Labbey de Purnelay, par suite de la cassation d'un arrêt de la Cour de Caen qui n'avait pas eu à statuer sur ce moyen (25 juin 1863; Sir., 64, 2, 16).

L'arrêt de la Cour de Rouen est sans doute un précédent grave et très-digne de respect. J'incline cependant à croire qu'il ne sera pas le dernier mot sur cette question qui s'est depuis présentée devant la Cour de Caen, mais que la Cour de Caen n'a pas eu à juger parce qu'elle avait d'autres éléments de solution.

A. BERTAULD.

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

Par M. Dollinger, juge au tribunal de Wissembourg.

(*Suite et fin*[1].)

137. Voilà tout ce que nous avions à dire touchant les rapports entre créanciers attaquant tous ensemble les biens de l'héritier; il ne nous reste plus qu'à étudier ceux qui dérivent des droits à exercer sur le patrimoine de la succession. Nous aurons encore ici des solutions un peu différentes à proposer, selon qu'il s'agira des meubles ou des immeubles. En effet, comme la loi n'a assujetti à aucune formalité l'exercice de la

[1] V. t. XIII, p. 140; XIX, p. 31 et 499; XXI, p. 10 et 405; XXV, p. 348.

Digitized by Google

séparation sur les meubles, il n'y a point de distinctions de priorité à introduire eu égard au temps où elle est réclamée : c'est la qualité seule de la créance qui doit guider dans la classification entre les parties prenantes. Il en est tout différemment des immeubles, et l'inscription de l'article 2111 différencie la position respective des créanciers qui l'ont prise avant ou après le délai fixé ; de là aussi une complication de rapports entre ces deux espèces de créanciers et ceux de l'héritier qui ont acquis eux-mêmes des droits réels sur les biens de la succession, rapports pour le règlement desquels on a proposé des solutions aussi variées qu'inconséquentes.

Pour mettre de l'ordre dans cet exposé, nous examinerons successivement les rapports des créanciers chirographaires du défunt avec ceux de l'héritier qui peuvent être privilégiés ou gagistes quant aux meubles, privilégiés, hypothécaires ou antichrésistes quant aux immeubles.

138. Occupons-nous d'abord des droits de préférence qui portent sur les valeurs mobilières. En général, ici la date d'origine de la créance est complétement indifférente, et les créanciers de l'héritier n'oseront jamais prétendre l'emporter sur les créanciers du défunt, par cela seul que la créance aurait une date certaine antérieure à celle à laquelle remonte la séparation ; attendu qu'il n'existe pas de délai fatal pour cette dernière (nous ne parlons pas du délai de trois ans qui est une véritable prescription) : décider le contraire serait enlever à ce droit tout caractère privilégié. C'est donc la qualité seule de la créance que nous prendrons en considération. Ainsi :

1° *Les frais de justice,* c'est-à-dire les frais de scellés, d'inventaire, de soin et de garde des effets de la succession, doivent être préférés aux créances héréditaires, parce qu'ils ont contribué à la conservation de l'actif ; nous en dirons autant des frais de semences, récoltes, de voiture, de réparation de meubles, etc., chacun d'eux respectivement sur la chose qu'ils ont contribué à conserver ou à améliorer [1] ; et enfin des priviléges conférés à ceux qui ont prêté les sommes nécessaires pour faire ces dépenses [2].

2° *Les frais funéraires, de dernière maladie, les fournitures*

[1] C. N., art. 2102.
[2] Argt., art. 593 C. proc.

Digitized by Google

de subsistance, salaires de gens de service de l'héritier ne sauraient par contre se prélever sur les valeurs de la succession que l'on a fait séparer : elles n'ont pas profité aux créanciers, et d'ailleurs reçoivent de la loi un privilége sur les biens propres de l'héritier, ce qui doit suffire.

3° Pour *les sommes dues à l'État à titre d'impositions directes ou indirectes*, des explications deviennent nécessaires.

Suivant la loi 1, § 4, D., *De separ.*, la séparation pouvait être demandée même contre le fisc. Cette décision, reconnue et consacrée par l'ancienne jurisprudence elle-même [1], doit encore en principe être en vigueur chez nous, en ce qui concerne les *droits de mutation;* car ces droits sont dus par l'héritier et non par le défunt. Ainsi l'enseignent MM. Championnière et Rigaut [2], contrairement à M. Dufresne [3].

Il est vrai que l'article 32 de la loi du 22 frimaire an VII semble donner un privilége sur les revenus des biens de la succession « *en quelques mains qu'ils se trouvent*, pour le paiement des droits dont il faudrait poursuivre le recouvrement », et qu'une décision ministérielle du 23 nivôse an XII avait formellement admis que la régie jouissait à cet égard d'un privilége dispensé d'inscription. Mais la jurisprudence de cette époque, loin de sanctionner cette manière de voir, était unanime pour décider qu'il ne pouvait en tous cas nuire aux tiers acquéreurs [4]. Toutefois, il faut le dire, les Tribunaux n'ont pas persévéré dans cette voie, et des arrêts plus récents tendirent dès lors à reconnaître au Trésor un privilége, non-seulement sur les revenus, mais sur la totalité des valeurs mobilières et immobilières de la succession [5], sauf à faire passer d'abord les créanciers hypothécaires antérieurs au décès [6].

La question en était là, lorsqu'en 1848 le gouvernement présenta à l'Assemblée constituante un projet d'impôt progressif sur les successions, projet qui conférait en même temps, à la régie de l'enregistrement, un privilége sur les meubles et une hypo-

[1] V. Domat, *op. cit.*, 3e liv., t. II, sect. 1, n° 16.

[2] *Traité des droits d'enregistr.*, n° 3887.

[3] *Op. cit.*, n° 40.

[4] Avis du Cons. d'Ét., du 21 septembre 1810. — Cass., 15 avril 1807 (Sir., 2, I, 373); Cass., 21 juin 1815 (S., 5, I, 144).

[5] Cass., 3 décembre 1839 (S., 1840, I, 28).

[6] Cass., 6 mai 1816 (S., 5, I, 186).

Digitized by Google

thèque légale sur les immeubles de la succession; et l'administration des finances, en formulant ses observations à l'appui de ce projet, était alors forcée de reconnaître que jusque-là la législation n'avait point donné au Trésor de moyens suffisants pour s'assurer de ses droits sur les valeurs successorales. On sait que ce projet de loi n'eut aucune suite. Mais la jurisprudence continua d'offrir le spectacle de grandes divergences [1], tout en tendant en général à favoriser le fisc de plus en plus et à dépasser même quelquefois ce qu'on avait jusqu'alors proposé de plus rigoureux dans cette matière [2]. Enfin en 1857, sur cinq pourvois dirigés contre divers arrêts de Cours impériales, la Cour suprême fut appelée à trancher de nouveau cette grave question; et par des arrêts longuement motivés et rendus sur un remarquable rapport de M. le conseiller Laborie, qui en a fait un véritable traité sur la matière, la Cour repoussa formellement les prétentions de la régie [3].

On peut donc tenir aujourd'hui pour certain qu'il n'existe aucun privilége pour garantir au Trésor le payement des droits de mutation. Les créanciers du défunt, en invoquant la séparation des patrimoines, pourront donc se faire payer par préférence à la régie : ce qui est de toute justice, car le droit de séparation n'aura ici d'utilité réelle qu'autant que les dettes héréditaires excéderaient ou à peu près les forces de la succession, et, dans ce cas, un impôt est déjà une anomalie assez criante pour ne pas le garantir encore par un privilége qui ferait retomber les droits de mutation sur les créanciers qui n'héritent point.

Mais notre décision doit être toute différente lorsqu'il s'agit des contributions directes, mobilières, personnelles et patentes,

[1] Bordeaux, 15 février 1849 (S., 1849, II, 536); Amiens, 11 juin 1853 (S., 1853, II, 537) et 18 novembre 1584 (S., 1855, II, 47); Cass., 17 décembre 1855 (S., 1856, II, 10).

[2] C'est ce qu'ont fait notamment deux arrêts de la Cour de Paris, en date, tous deux, du 13 mars 1855 (S., 1855, II, 161), qui considèrent le fisc comme portionnaire des biens du défunt et comme exerçant un véritable prélèvement sur la succession, lorsqu'il agit en recouvrement des droits de mutation par décès. Ces arrêts soulevèrent de vives critiques dans la doctrine (M. Paillard de Villeneuve, dans la *Gazette des Tribunaux* du 24 mars 1855, et M. Gabriel Demante, dans le *Droit* du 4 avril suivant) et encoururent la censure de la Cour suprême (V. les arrêts cités à la note suivante).

[3] Cass., 23 juin 1857 (S., 1857, I, 401) et 24 juin 1857 (S., 1857, I, 437).

Digitized by Google

lesquelles retombent naturellement sur la succession, quoique dues par l'héritier. Il est vrai qu'elles se prélèveraient d'abord sur ses biens propres; mais, à défaut, elles retomberont toujours sur les biens du défunt et seront acquittées par préférence à toutes autres charges. Cela n'est certes pas conforme à l'équité; mais on aurait tort d'en chercher dans cette matière. Il y a effectivement un principe qui domine ici dans toutes les questions d'impôts de répartition : c'est que l'État ne doit pas souffrir de la négligence des contribuables dans la rentrée des revenus périodiques par lesquels il doit pouvoir compter exactement; c'était cette idée que M. Jaubert, dans l'exposé des motifs présenté au Corps législatif sur la loi du 12 novembre 1808, exprimait de la manière suivante : « Les contributions « directes sont destinées aux dépenses fixes; elles devien- « nent dès lors une dette sacrée : *rien ne doit en arrêter le recou- « vrement; les tiers ne peuvent s'en plaindre.* Personne n'ignore « que les contributions doivent être payées; c'est aussi un « axiome vulgaire que la contribution passe avant tout... » — Quant aux contributions foncières, elles ne se recouvrent que sur les récoltes, fruits, loyers et revenus des biens immeubles, sujets à contribution; et, comme il n'y a aucun privilége pour le Trésor sur les immeubles, il ne peut exercer ses droits que concurremment avec les autres créanciers [1]. C'est dire que le Trésor sera obligé de supporter la préférence des créanciers qui usent de la séparation des patrimoines, lors même que l'inscription par eux prise à cet effet sur ces immeubles fût postérieure aux six mois prescrits; car elle leur conférerait toujours au moins un droit hypothécaire [2].

4° *Le créancier gagiste* n'est pas préféré au créancier de la succession. Nous avons déjà vu en effet (ch. III, n° 87) qu'on ne saurait inférer *a fortiori* du droit qu'a l'héritier d'aliéner les biens de la succession, celui de les engager; cet argument doit être écarté, parce qu'il s'agit ici d'une constitution de droit de préférence résultant du gage, comme on l'écarte aussi, avec le texte de l'article 2111, quand il s'agit d'une constitution d'hypothèque (n° 88-2°). Le nantissement ne fait pas sortir de la succession la chose qui n'est tombée en la possession du

[1] Ord. en Cons. d'Ét., 19 mars 1820 (S., 6, II, 233).
[2] V. aussi la loi du 12 avril 1808, art. 1-1°.

Digitized by Google

créancier que grevée du privilége de la séparation [1]; ce privilége, procédant en quelque sorte du défunt lui-même, doit l'emporter sur celui qui n'était émané que d'un propriétaire ultérieur, de l'héritier enfin. Telle était la doctrine d'Ulpien dans la loi 1, § 3, D. *h. t.*, et de Domat [2]. M. Dufresne se trompe donc, quand [3] il fait dériver le droit qu'ont les créanciers de faire séparer les meubles de la succession apportés par l'héritier dans une maison qu'il prend à bail — préférablement au droit du propriétaire de cette maison — d'une prétendue qualité de vendeur dont serait investi l'héritier, qualité qui conférerait ainsi aux créanciers de la succession l'action en revendication de l'article 2102-1°; notre auteur oublie sans doute ici le deuxième alinéa de l'article 880; et la décision qu'il contient n'existât-elle pas, qu'il serait encore bien superflu, pour expliquer tout ceci, d'aller recourir à des fictions aussi éloignées de l'évidente réalité des faits : les principes que nous avons développés plus haut en donnent raison immédiatement et sans plus de détours.

139. Nous arrivons aux créances sur les immeubles. Pour les priviléges portant sur la généralité des immeubles, nous savons qu'il passent avant les priviléges spéciaux [4]. Ainsi toutes les fois que de semblables créanciers privilégiés primeront les créanciers du défunt sur les meubles, ils les primeront aussi sur les immeubles (sauf ce qui a été dit des contributions), mais ce ne sera qu'à la condition d'avoir fait discuter au préalable le mobilier; et s'ils ont négligé de se faire colloquer sur le prix en provenant, ils seront déchus du droit de préférence vis-à-vis des chirographaires. Que si les immeubles sont vendus avant les meubles, ils devront avoir soin de se faire colloquer provisoirement sur le prix, à charge de discuter le mobilier dans un bref délai, et sauf à souffrir plus tard la réduction de leur collocation, jusqu'à concurrence de la quotité dont ils n'auraient point été payés sur le prix des meubles.

140. Tout ceci ne souffre aucune difficulté, mais il s'en rencontre à propos des priviléges spéciaux : ce qui nous obligera à des explications plus étendues.

[1] C. N., art. 2093.
[2] *Op. cit.*, sect. I, n° 6.
[3] *Op. cit.*, n° 45.
[4] C. N., art. 2105.

Digitized by Google

1° *Le privilége du vendeur* ne peut d'abord jamais se trouver en conflit avec celui des créanciers du défunt, en tant que ce vendeur serait créancier de l'héritier, attendu qu'il n'a aucune action sur les biens du défunt, mais seulement sur le bien vendu à l'héritier, lequel bien n'a pu entrer que dans le patrimoine de ce dernier, jamais dans celui de la succession. Donc, pas de question pour ce premier privilége.

2° Il n'en est plus ainsi pour *le privilége du copartageant*. La séparation des patrimoines, avons-nous vu (n° 128), n'empêche point la division des dettes; et celle-ci peut devenir fort préjudiciable aux créanciers du défunt, comme nous avons encore essayé de le démontrer. Mais voici un cas où elle ne leur nuira pas. Il peut se faire que dans le partage, l'un ou l'autre des immeubles de la succession tombé dans le patrimoine d'un des héritiers excède sa part héréditaire : il y aura donc à payer une soulte, pour laquelle l'autre copartageant jouira du privilége conféré par l'article 2103 (nous ne citons ici qu'une des applications du privilége). Eh bien! le créancier de la succession sera-t-il préféré sur l'immeuble frappé de l'inscription en séparation au cohéritier créancier de la soulte? La solution dépend de certaines distinctions; mais en tous cas, on sent bien en quoi le droit de priorité accordé ici au créancier du défunt le garantira jusqu'à un certain point des effets désastreux d'un partage frauduleux, par exemple, qui ferait tomber dans le lot d'un cohéritier beaucoup plus d'immeubles que dans celui d'un autre. La solution demande des distinctions, disons nous; car la loi a d'abord imposé comme condition du privilége qu'il fût inscrit dans les soixante jours de l'acte de partage[1]; il devient donc nécessaire de combiner ici les deux délais de faveur — accordés, le premier, par l'article 2109, au copartageant, le second, par l'article 2111, aux créanciers de la succession — pour en déduire les décisions les plus conformes, selon nous, aux règles fondamentales de la matière.

En principe, dans le conflit entre ces deux délais, celui de l'article 2111 nous semble devoir l'emporter, parce que la

[1] La loi du 23 mars 1855 n'a pas abrogé cette disposition de l'article 2109 : car le délai de quarante-cinq jours dont parle l'al. 2 de son article 6, est relatif à la conservation du droit de suite, comme il est facile de s'en assurer d'après le contexte même de cette disposition.

Digitized by Google

créance qu'il protége procède d'une cause antérieure en date à celle qu'engendre le partage même; cependant, comme l'article 2113 ne saurait rester étranger aux considérations qui doivent présider à l'ordre entre créanciers, la priorité ne demeure pas absolument réservée au privilége de la séparation.

D'abord il est clair, en conséquence de ce que nous avons dit, que, si le créacnier de la succession a inscrit son privilége dans les six mois, il primera d'une manière absolue le copartageant, de quelque façon qu'il ait observé l'article 2109. Mais si le créancier n'a inscrit qu'après les six mois, il devient nécessaire de se demander quand le copartageant lui-même a pris son inscription; car s'il l'a fait dans les soixante jours du partage, il primera le créancier de la succession, même inscrit avant lui, puisque lui est en règle et que son compétiteur ne l'est plus et ne jouit plus que d'un droit hypothécaire; si le copartageant ne s'est inscrit qu'après les soixante jours, il ne primera plus ce même créancier que si celui-ci s'était inscrit après lui; tous deux sont en effet devenus simples hypothécaires; c'est l'application pure et simple de la règle : *prior tempore, potior jure.*

3° *Les architectes et ouvriers* ont un droit de préférence absolue sur la plus-value dont ils ont enrichi le patrimoine du défunt, par les travaux qu'ils ont entrepris sur l'invitation de l'héritier. Pour cela ils n'ont que deux inscriptions à prendre : aux termes de l'article 2110, le procès-verbal constatant l'état des lieux avant les travaux doit être inscrit avant le commencement de ces travaux, et le procès-verbal de leur réception doit aussi être inscrit, sans que la loi ait fixé un délai pour ce dernier. Conséquemment et en appliquant encore les principes précédents, il faut dire que, pourvu que la première inscription ait été effectuée dans le délai prescrit, les architectes et ouvriers primeront constamment les créanciers de la succession même inscrits avant eux, mais seulement sur la plus-value, bien entendu; au contraire, en inscrivant leur procès-verbal trop tard, ils devront souffrir la préférence des créanciers du défunt qui se sont mis en règle, lors même que la date de l'inscription en séparation fût postérieure à celle du procès-verbal, si d'ailleurs elle est opérée dans les six mois : car les architectes et ouvriers n'ont plus qu'un privilége dégénéré; enfin si tous ont laissé passer les délais requis respectivement

Digitized by Google

par la loi, ce sera la date des inscriptions qui fixera entre eux la priorité.

141. Arrivons aux *hypothèques*. Ici encore, mêmes principes. Les créanciers hypothécaires de l'héritier inscrits pendant le délai de six mois ne peuvent prétendre à aucune préférence sur les créanciers chirographaires du défunt même inscrits après eux, quoique dans le même délai. Il en serait encore de même pour eux à l'égard des légataires qui ont usé de la séparation et qu'on ne peut repousser par le brocard : *nemo liberalis nisi liberatus*; mais non plus à l'égard des légataires qui, s'étant tenus à leur hypothèque légale, l'auraient inscrite après celle des créanciers de l'héritier. Enfin, ces derniers pourraient encore l'emporter sur les créanciers du défunt qui n'auraient inscrit leur séparation qu'après les six mois, pourvu qu'ils leur fussent antérieurs en date.

142. Quelques mots aussi sur les *créanciers antichrésistes*. Il existait à leur égard, dans la jurisprudence des premiers temps du Code, une tendance assez marquée à ne pas reconnaître la réalité du droit d'antichrèse, de sorte qu'il ne pouvait être opposé aux autres créanciers même postérieurs en date. Mais en 1851, un arrêt de la Cour de cassation est venu donner raison aux créanciers antichrésistes, en leur reconnaissant, avec la majorité des auteurs, un droit réel opposable à toute autre personne; de telle sorte qu'ils pourraient venir, en cas d'expropriation par exemple, se faire colloquer sur le prix, par préférence aux créanciers hypothécaires dont l'inscription était postérieure à la date de leur constitution d'antichrèse [1]. Nous n'avons pas à discuter ici cette question qui est d'ailleurs à peu près tranchée aujourd'hui, que la loi de 1855 a exigé la transcription du droit d'antichrèse [2]; preuve évidente qu'il est opposable aux tiers.

Cette transcription nous servira également ici de point de départ pour décider quels créanciers devront ou non souffrir de la présence de l'antichrésiste. Ce dernier ne pourra en au-

[1] Cass., 31 mars 1851 (S., 1851, I, 305). — Les arrêts suivants, qui décident que l'antichrèse est un acte de disposition et d'aliénation, semblent partir du même principe : Cass., 22 novembre 1841 (S., 1842, I, 48); Pau, 9 août 1837 (S., 1838, II, 350); Paris, 10 mars 1854 (S., 1854, II, 598).

[2] L. du 23 mars 1855, art. 2-1°.

Digitized by Google

cun cas, pas plus que le créancier hypothécaire, opposer son droit aux créanciers du défunt inscrits dans les six mois; mais il le pourra à tous les créanciers hypothécaires ou à privilége dégénéré, dont l'inscription est postérieure en date à celle de la transcription du droit d'antichrèse. Tout cela, comme on le voit, se résout par les mêmes principes.

143. Il ne nous reste plus qu'à examiner comment il faudra procéder pour la liquidation du passif, avec le prix d'un immeuble frappé de diverses inscriptions hypothécaires et privilégiées, tant au profit des créanciers du défunt que de ceux de l'héritier.

On commence par désintéresser les créanciers privilégiés ou hypothécaires du défunt, d'une manière complète; à condition, bien entendu, qu'ils se soient mis en règle quant à leurs inscriptions. On détermine ensuite le montant du passif total dû aux créanciers chirographaires de la succession, en faisant abstraction de la séparation que quelques-uns d'entre eux auraient pu mettre en action; par là se trouve connu le dividende afférent à chacun d'eux dans la somme laissée disponible par les privilégiés. Puis on paye sur le restant et par préférence, les légataires qui ont inscrit l'hypothèque légale de l'article 1017, et l'on détermine également sur le second reste le dividende revenant à chacun des autres légataires non inscrits.

Cela fait, on choisit parmi les créanciers du défunt ceux qui ont inscrit leur privilége de séparation, et on leur attribue immédiatement après les privilégiés le dividende précédemment déterminé: c'est-à-dire la somme qu'ils auraient prise dans la masse, si tous les créanciers du défunt s'étaient mis en règle. On opère de la même façon avec les légataires qui ont inscrit la séparation dans les six mois, et qui sont payés après les créanciers inscrits. Puis on colloque les hypothécaires de l'héritier, et les légataires qui ont inscrit leur hypothèque, les créanciers du défunt et les légataires qui ont inscrit leur privilége seulement après les six mois, chacun suivant la date d'inscription. Sans doute il pourra arriver de cette manière que le créancier du défunt qui s'est inscrit après les six mois n'obtienne rien, tandis que le légataire reçoit une partie de son legs; mais le premier ne pourra se plaindre: car le légataire ne touchera jamais que ce qu'il aurait eu si le créancier avait

Digitized by Google

été diligent, et il le touchera par préférence à ce créancier qui a été négligent.

Sur le surplus laissé disponible, on colloque les créanciers du défunt et les légataires qui n'ont pas profité de la séparation, au marc le franc avec les créanciers chirographaires de l'héritier.

144. Mais voici une objection qu'on peut soulever. Un créancier hypothécaire du défunt ne s'est pas inscrit en séparation, mais il a inscrit son hypothèque déjà avant le décès : il est toujours préféré à ses cocréanciers chirographaires, même lorsqu'ils ont usé de la séparation (n° 131) ; mais il sera primé par un créancier hypothécaire de l'héritier qui a une hypothèque générale sur les biens présents et à venir de son débiteur, hypothèque dont la date se placerait antérieurement à celle de l'inscription prise par le créancier du défunt. Ou même, si vous voulez, pour plus de simplicité, le créancier du défunt a inscrit son hypothèque après le décès de son débiteur et postérieurement à celle d'un créancier de l'héritier ; enfin d'une manière ou d'une autre un créancier du défunt est primé par un créancier de l'héritier... Mais vous allez être bien embarrassé, nous dira-t-on, pour faire l'ordre entre eux : car le créancier du défunt, qui est hypothécaire, va primer les créanciers chirographaires de la succession ; le colloquerez-vous le premier ? C'est impossible : car il est primé par un créancier hypothécaire de l'héritier... Le colloquerez-vous le second et celui-ci avant lui ? C'est encore impraticable : car alors les créanciers chirographaires du défunt, que nous supposons avoir usé de la séparation, seraient primés par les hypothécaires de l'héritier, contre qui la séparation était seule dirigée et contre qui elle était aussi le seul remède nécessaire et efficace... Vous voyez bien qu'il y a là une impasse, un cercle vicieux où vous égare infailliblement votre théorie ; comment prétendez-vous en sortir?

De la manière la plus simple, répondrons-nous ; car ce qui embarrasse ici, c'est le faux point de vue où l'on s'est placé : on a voulu invoquer la maxime *si vinco vincentem te...* et l'on est arrivé à des impossibilités pratiques. Il faut, nous l'avons déjà dit, écarter cette maxime et dire : Le créancier chirographaire du défunt l'emporte sur le créancier hypothécaire de l'héritier : donnez-lui, en conséquence, ce qu'il aurait eu, déduction faite de la part du créancier hypothécaire de la succession. Cette

Digitized by Google

part ne reviendra pas à ce dernier, ou elle ne lui reviendra qu'en tant qu'elle serait supérieure (et jusqu'à concurrence de cet excédant) à ce qui est nécessaire pour désintéresser au préalable le créancier hypothécaire de l'héritier. Le créancier inscrit en séparation, s'il n'est pas désintéressé complétement, ne pourra pas non plus venir invoquer son droit de préférence contre le créancier hypothécaire de l'héritier : car celui-ci lui répliquerait aussitôt : « Je réclame la part du créancier hypothécaire du défunt, sur lequel je dois avoir la préférence, et venant en profiter, je ne fais qu'exercer les droits d'une personne qui devait me céder les siens... »

C'est ici un cas tout particulier, où la séparation, faute d'avoir été invoquée par le créancier hypothécaire du défunt, et exercée seulement par un chirographaire, ne nuira pas au créancier hypothécaire de l'héritier. Cette conséquence pourra au besoin justifier ce que nous disions déjà au début de notre seconde partie, n° 47.

145. Mais quittant ces hypothèses toutes spéciales, nous terminerons toutes nos explications par un exemple numérique, qui résumera à peu près toutes les positions principales que nous avons examinées dans les rapports des créanciers du défunt et de l'héritier.

Nous supposerons un immeuble vendu à la requête des créanciers, et adjugé pour la somme de 24,000 francs ; il s'agit de régler l'ordre sur le prix ; les ayants-droit sont :

1° Trois créanciers chirographaires du défunt, dont le premier a inscrit son droit de séparation dans les six mois, le second plus tard, et le troisième ne s'est pas inscrit du tout ; pour plus de simplicité nous supposerons chacune de leurs créances égale à 6,000 francs ;

2° Quatre légataires dont il revient 1,800 francs à chacun ; l'un a inscrit la séparation à temps, l'autre après les six mois ; un troisième n'a pris aucune inscription ; le quatrième enfin s'est contenté d'inscrire l'hypothèque légale. Ajoutons, pour fixer les idées, que l'inscription du second est antérieure à celle du créancier retardataire, et que celle du quatrième est postérieure à celle d'un des créanciers hypothécaires de l'héritier ;

3° Deux cohéritiers inscrits pour une soulte de partage, chacun pour 1,500 francs ; l'un a opéré cette inscription dans les soixante jours de l'acte de partage, l'autre plus tard et après

Digitized by Google

celle du légataire hypothécaire; mais tous deux dans le délai de six mois à partir de l'ouverture de la succession;

4° Deux autres créanciers de l'héritier à l'égard duquel la séparation a été provoquée; l'un d'eux est hypothécaire et a inscrit dans les six mois, l'autre est simple chirographaire; tous deux réclament 3,000 francs.

Avant de faire l'ordre, il faut procéder à la détermination des dividendes respectifs des créanciers et légataires du défunt. Le passif réclamé par les créanciers montant à 18,000 francs, ils seraient tous intégralement payés, s'ils avaient eu recours à la séparation et il ne resterait que 6,000 francs aux légataires, dont il faudra encore défalquer au préalable les 1,800 francs du légataire hypothécaire. Restera encore 4,200 francs à partager entre trois légataires, chacun de 1,800 francs, s'ils avaient inscrit la séparation; ils ne seraient donc en aucun cas intégralement payés, et ne toucheront chacun que 1,400 francs, c'est-à-dire les $\frac{7}{9}$ de leur legs.

Arrivons à présent à l'ordre; nous ferons venir successivement, sur le prix de cet immeuble montant à. . . . 24,000 f.

1° Le créancier du défunt en règle, pour l'intégralité de sa créance, savoir. 6,000

Reste. . . 18,000

2° Le premier légataire qui a inscrit la séparation, pour les $\frac{7}{9}$ de son legs ou. 1,400

Reste. . . . 16,600

3° Le premier copartageant, créancier privilégié inscrit dans les soixante jours, pour le tout, c'est-à-dire. 1,500

Reste. . . 15,100

4° Le premier créancier hypothécaire de l'héritier qui a inscrit son hypothèque dans les six mois, pour sa créance entière. 3,000

Reste. . . 12,100

5° Le deuxième légataire qui a inscrit son hypothèque pour l'intégralité de son legs, savoir. 1,800

Reste à reporter. . . 10,300

6° Le second copartageant, inscrit seulement

Digitized by Google

Reste reporté. . . 10,300 f.

dans les six mois, aussi pour la totalité de ses prétentions montant à. 1,500

Reste. . . 8,800

7° Le troisième légataire retardataire, mais inscrit le premier de tous après les six mois, pour les $\frac{7}{9}$ de son legs, ou. 1,400

Reste. . . 7,400

Et 8° le second créancier du défunt, inscrit le dernier, pour le tout. 6,000

Reste. . . 1,400

Cette somme est maintenant à partager au marc le franc entre

1° Un créancier du défunt p^r 6,000 f., ce qui lui fait		807 f. 69	
2° Un créancier de l'héritier p^r 3,000.		403. 85	
Et 3° un légataire pour. . . .	1,400.	188. 46	
En tout. . .	10,400 réduits à. . .	1,400. 00	et 1,400
		Reste. . .	0,000

Car le dividende de chaque créance était les $\frac{14}{104}$ de la somme primitivement due : rapport qui se réduit à $\frac{7}{52}$.

APPENDICE.

DROIT COMPARÉ.

146. Nous ne pouvons avoir la prétention de présenter un ensemble bien complet de la législation des principaux États étrangers, en ce qui concerne la séparation des patrimoines ; en effet, c'est une institution qui ne paraît guère avoir occupé plus leurs législateurs que les nôtres ; et là où elle se trouve la plus développée, c'est dans les Codes qui ont été faits à l'image du Code Napoléon. D'un autre côté l'étude comparative de ces divers Droits n'offre guère d'intérêt, en raison du peu de place que notre sujet est destiné à occuper dans la pratique judiciaire. Toutefois il nous a paru convenable, pour compléter notre travail, de donner quelques indications sur l'esprit dans lequel sont conçues les lois étrangères dont nous avons pu avoir

Digitized by Google

connaissance, et sur les principales différences qu'elles présentent à cet égard avec les règles de notre droit.

147. Tous les Codes étrangers rédigés à l'instar des nôtres, contiennent des dispositions sur la séparation des patrimoines; et, ce qu'il y a de remarquable, c'est que dans la plupart d'entre eux et à plus forte raison dans beaucoup d'autres qui n'ont pas suivi ce guide, on envisage ce droit comme hypothécaire ou privilégié. Nous n'en excepterons que le Code du canton de Vaud (de 1819) qui ne contient aucune disposition à cet égard[1]; celui de la Louisiane (de 1825) et de la Hollande (de 1838) où se trouvent seulement les deux articles respectifs 3242 et 1154 identiques à notre article 2111; que celui des Deux-Siciles, et celui d'Haïti dont la concordance est parfaite entre tous les articles du titre *Des successions* et *Des priviléges et hypothèques* et ceux de notre Code; enfin, que le Code autrichien qui ne contient pas de titre spécial sur les hypothèques, et dont le système hypothécaire en général ne paraît pas bien codifié.

Tous les autres Codes que nous avons eus entre les mains, ont choisi le système hypothécaire pour y insérer le plus de détails sur la séparation : ce qui témoigne en tous cas d'une tendance toute opposée à celle de nos législateurs, quand bien même les termes employés ne seraient guère plus explicites que ceux du Code Napoléon.

148. Quelques législations ont été très-prolixes sur la question : ainsi dans le canton de Tessin, les créanciers et les légataires ont formellement été pourvus d'une hypothèque légale sur les biens de la succession, et d'un privilége sur le prix des biens laissés par le défunt[2]; de même, la loi hypothécaire promulguée en Grèce le 11/23 août 1836[3], et le Digeste portugais accordent le même avantage au créancier d'une succession sur les immeubles dont elle se compose; enfin, et c'est une particularité assez digne d'être notée, dans le royaume de Wurtenberg, ces créanciers ont un *titre légal d'hypothèque* sur les biens de la masse, indépendamment de la séparation[4], et comme cette hypothèque est générale, on ne comprend pas

[1] Titre XVI, 2e partie, *Des privil. et hypoth.*
[2] Code de 1837, art. 1152 et 1185.
[3] Art. 11-6e. V. la *Revue étrang.*, t. IV, p. 139.
[4] *Loi sur les hypoth.*, du 15 avril 1825, art. 40.

Digitized by Google

trop bien l'utilité de cette séparation. Dans les États romains nous retrouvons quelque chose d'analogue : le règlement du 10 novembre 1834, accorde un privilége sur les immeubles, qu'il distingue de la séparation, seul remède pour sauvegarder les droits sur les meubles[1].

Mais ce ne sont là que des dispositions d'exception, et dans presque tous les autres États, le droit de séparation est qualifié plus ou moins vaguement de privilége, de droit de préférence, de droit de priorité, etc.

149. Nous n'avons trouvé aucune disposition qui se rattachât à notre sujet dans les parties des législations anglaise, suédoise, russe et turque qu'il nous a été donné de parcourir. Seulement, d'après un article inséré dans la *Thémis*[2], dans le droit écossais, les créanciers héréditaires ont, sur les biens de la succession, un droit de préférence qu'ils peuvent exercer durant une année, temps pendant lequel les créanciers de l'héritier ne peuvent se faire payer ; et pour sauvegarder cette prérogative, les premiers en tout état de cause exerceront la séparation des patrimoines, s'ils le jugent convenable, à l'égard des choses qui existent encore en nature.

150. Quant aux personnes qui ont le droit d'user de la séparation, il n'y a pas grande divergence entre les législateurs étrangers et les nôtres : les créanciers du défunt sont en général, conjointement avec les légataires, seuls appelés à profiter de ce droit ; cependant la législation hessoise y a ajouté les héritiers et leurs créanciers, puis après eux l'État, pour les droits de mutation, en rejetant les légataires au dernier rang[3].

Le Code de la Louisiane appelle, outre les créanciers et légataires, les héritiers *pro parte* et les créanciers de l'héritier[4] ; il donne la séparation même contre les héritiers[5] ; enfin il consacre formellement la distinction que nous avons proposée avec Pothier, et suivant laquelle les créanciers du défunt séparés, ne peuvent venir sur les biens de l'héritier qu'après les créanciers propres de ce dernier[6].

[1] Art. 98, et 83-4° de ce règlement.
[2] Tome X, p. 274.
[3] *Projet de loi sur les hypoth.*, de 1833, art. 199 et 207.
[4] Art. 1399 à 1404, et 1412.
[5] Art. 1405.
[6] Art. 1413 et 1414.

Digitized by Google

151. Là où nous trouvons le plus de divergence, c'est dans la procédure. Quelques Codes exigent formellement une *demande en séparation*, sans que l'inventaire puisse la remplacer[1]; d'autres y ajoutent l'affirmation assermentée des créanciers qu'ils croient les biens de la succession non absorbés par les dettes de l'héritier[2]. Du reste, sur ce point en particulier, la plupart des législations sont presque aussi muettes que la nôtre elle-même.

152. L'inscription est également exigée partout, excepté dans le Wurtenberg[3] qui ne semble prescrire cette formalité que pour les priviléges et hypothèques, alors qu'il ne range pas la séparation dans cette catégorie; dans le canton du Tessin dont la loi ne fait inscrire que les hypothèques, tout en rangeant la séparation parmi les priviléges; et enfin dans le canton de Vaud qui, comme nous l'avons vu, ne considère pas la séparation au point de vue hypothécaire. L'absence de documents ne nous permet pas d'affirmer s'il en est de même en Bavière et en Prusse.

153. L'examen des délais dans lesquels la séparation se produit offre ici le spectacle de la plus grande diversité; les États qui exigent une demande, tantôt la circonscrivent dans un délai uniforme pour les meubles, comme pour les immeubles[4], tantôt accordent trois ans pour les meubles et un temps illimité pour les immeubles[5].

Le délai de trois ans dont nous venons de parler est aussi conservé par le Code sarde[6], le projet de loi sur les hypothèques de Hesse[7] et enfin par tous les autres Codes plus ou moins calqués sur le Code Napoléon. Ces deux pays ont aussi consacré la disposition de notre article 880, en vertu de laquelle la séparation sur les immeubles peut être exercée

[1] Code de Parme, Plaisance et Guastalla, art. 2143.

[2] Code de la Louisiane, art. 1407 et 1408.

[3] *Loi sur les hypoth.*, précitée, art. 40.

[4] Le Code de la Louisiane a adopté le terme de trois mois (art. 1411), en frappant pendant cet intervalle l'héritier d'incapacité absolue d'aliéner. Le Wurtenberg (loi précitée, art. 10) et le canton de Vaud (Code, art. 793) ont accordé trois ans; la Prusse un an (Code de proc., art. 268-2°).

[5] C. de Parme, Plaisance et Guastalla, art. 2147.

[6] Art. 1102.

[7] Art. 202.

Digitized by Google

aussi longtemps qu'ils restent dans la main de l'héritier [1].

Le point de départ de la prescription varie en général, tantôt à partir de l'ouverture de la succession, tantôt à partir de l'acceptation de l'héritier.

154. Pour le délai préfix de l'inscription, le plus long que nous trouvions est celui de cinq ans pour la Toscane [2], mais là elle est générale et frappe tous les immeubles situés dans un même bureau de conservation.

Le même délai est d'un an en Hesse [3] et à Bâle, de trois mois en Sardaigne [4] et à Genève [5], enfin de quarante jours à Parme [6]. Le délai de six mois de notre Code est conservé à Rome [7] et en général dans les autres Codes qui l'ont pris pour modèle.

La mention de dégénérescence des priviléges ne se trouve consignée que dans le Code de Hesse, et le *Motu proprio* de Toscane [8].

Les autres dispositions législatives étrangères offrent trop peu d'intérêt pour trouver place ici.

F. DOLLINGER.

[1] Code Sarde, art. 1102; Code de Hesse, art. 202.
[2] *Motu proprio* du 2 mai 1836, art. 40.
[3] Code précité, art. 204.
[4] Code précité, art. 2211.
[5] Code de procédure, art. 230.
[6] Code précité, art. 2147.
[7] Règlement précité. art. 97.
[8] C. de Hesse, *loco modo cit.*; *Motu proprio*, art. 41.

Digitized by Google

DU PAYEMENT DES DETTES DES COMMUNES.

EXAMEN CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT.

Par M. SERRIGNY, professeur à la Faculté de droit de Dijon.

Tous les jours, à la suite de procès gagnés contre une commune, j'entends les avoués et les avocats demander quels sont les moyens de contraindre la commune à payer les condamnations prononcées contre elle en principal, intérêts et dépens. Ces moyens sont écrits dans les articles 30, n°s 21, 39, 46 et 61 de la loi du 28 juillet 1837. Il en résulte que si la commune a des fonds disponibles, ce qui est rare, et que le maire refuse de délivrer un mandat de payement sur le receveur municipal, le préfet peut le délivrer en conseil de préfecture.

Si le conseil municipal n'alloue pas la somme nécessaire pour payer la dette, l'allocation est inscrite au budget par le préfet en conseil de préfecture, pour les communes dont il règle le budget, ou par l'empereur dans le cas spécial prévu par le décret du 25 mars 1852 sur la décentralisation, tableau A, n° 35, c'est-à-dire lorsque le budget communal donne lieu à des impositions extraordinaires. Dans tous les cas, le conseil municipal est appelé à en délibérer (L. 18 juillet 1837, art. 39).

Si la commune n'a pas de ressources et que le conseil municipal, mis en demeure, refuse d'en voter, le créancier peut obtenir, soit une imposition extraordinaire en centimes additionnels sur les contribuables de la commune, dans les limites fixées par l'article 39 précité, soit la vente forcée des biens de la commune dans les conditions de l'article 46, § 3, dite loi, modifié par l'article 1er, tableau A, n° 55, dit décret de 1852.

Reprenons ces deux hypothèses.

1° *Imposition extraordinaire.* Ces centimes additionnels sont établis par un décret de l'empereur dans les limites du maximum fixé annuellement par la loi de finances, maximum qui a été jusqu'ici de 10 centimes pour les dépenses obligatoires autres que les condamnations judiciaires, et qui pour les condamnations judiciaires peut être élevé jusqu'à 20 centimes.

Digitized by Google

On comprend le motif de cette distinction, c'est que force doit être prêtée à l'exécution des jugements des tribunaux plus encore qu'aux dettes ordinaires. Au delà de ce maximum, il faudrait une loi pour établir cette contribution extraordinaire.

Il résulte implicitement de ce qui précède, que les créanciers des communes n'ont pas les voies d'exécution qui appartiennent, selon le droit commun, aux créanciers d'un simple particulier. Ils ne peuvent point pratiquer de saisie mobilière ou de saisie immobilière d'après les formes établies par le Code de procédure. Cela est écrit en toutes lettres, pour les saisies-arrêts, dans un avis du Conseil d'État du 11 mai 1813, ayant force de loi et cité dans mon *Traité de la compétence administrative*, 2e édit., n° 459, qui vient de paraître. Les motifs de cet avis sont « qu'il est constant et reconnu que les « communes ne peuvent rien payer qu'après qu'elles y auront « été autorisées par leur budget annuel; — que tout payement « fait sans cette autorisation est laissé au compte du receveur, « d'après les dispositions précises de plusieurs décrets; — « qu'en conséquence, lorsqu'une commune est débitrice d'une « administration, il n'y a lieu ni à délivrance de contrainte « contre le receveur, ni à citation devant les tribunaux, *ni à « saisie-arrêt entre les mains du receveur de la commune ou des « débiteurs de la commune*, puisque le receveur ne peut rien « payer qu'en vertu d'autorisations au budget annuel; mais que « le directeur de la régie (qui, dans l'espèce, était créancière) « doit se pourvoir par-devant le préfet, pour qu'il porte au « budget, s'il y a lieu, la somme réclamée contre la commune, « afin que le payement par le receveur soit autorisé... » (V. *Bull. des lois*, n° 9256). Il en était autrement dans le droit romain : *Civitates, si per eos, qui res earum administrant, non defenduntur, nec quicquam est corporale reipublicæ, quod possidetur, per actiones debitorum civitatis, agentibus satisfieri oportet.* Dig., L. 8, *Quod cujusc. univ.* — V. aussi mon *Droit public et administratif romain*, n° 287.

2° *Vente forcée des biens de la commune.* Le second moyen d'obliger les communes à payer leurs dettes consiste dans la vente forcée de leurs biens. Sous ce rapport, il est vrai de dire que les communes sont en dehors du droit commun, car les conditions de ces ventes sont ainsi réglées par la loi du 18 juillet 1837, art. 46 : « *La vente* des biens mobiliers et

Digitized by Google

« immobiliers des communes autres que ceux qui servent à « un usage public, *pourra*, sur la demande de tout créancier « porteur de titres exécutoires, *être autorisée* par une ordon- « nance du roi, qui déterminera les formes de la vente. » Il est clair, d'après cette disposition, que les créanciers des communes n'ont pas contre elles les voies de saisie mobilière et de saisie immobilière que le droit commun donne contre les simples particuliers débiteurs; *la vente... pourra* seulement *être autorisée*... Il faut donc au créancier une autorisation ou permission pour que la vente ait lieu, ce qui suppose manifestement la faculté de refuser ou d'accorder cette permission. Il fallait, d'après la loi de 1837, recourir jusqu'au chef de l'État pour obtenir cette autorisation. Suivant la jurisprudence du ministère de l'intérieur, il suffit aujourd'hui que cette autorisation émane du préfet, d'après une induction tirée du décret du 25 mars 1852, art. 1er et tableau A, nos 41 et 55. — V. *Bulletin officiel du minist. de l'intér.*, 1856, p. 58.

Ces dérogations au droit commun se comprennent et se justifient aisément. Il est possible que la commune ait d'autres moyens de payer ses dettes que la vente de ses biens, par exemple en s'imposant extraordinairement. Il peut, d'ailleurs, être avantageux pour elle de vendre tels biens plutôt que tels autres. Les formes des ventes administratives sont moins onéreuses et peut-être plus avantageuses que celles établies par le Code de procédure. On conçoit donc que la loi s'en soit référé au pouvoir discrétionnaire de l'administration sur tous ces points. Au surplus elle est claire et précise dans les pouvoirs discrétionnaires qu'elle donnait au chef de l'État, pouvoirs qui ont été délégués aux préfets ses mandataires. Jusqu'ici nous ne rencontrons point de grave difficulté légale dans l'interprétation des deux voies ouvertes aux créanciers des communes pour se faire payer de leurs créances.

Voici où se présente la difficulté, c'est de savoir quel est le sens de la loi du 18 juillet 1837, art. 39, § 4, ainsi conçu : « Si les ressources de la commune sont insuffisantes pour sub- « venir aux dépenses obligatoires inscrites d'office en vertu « du présent article, *il y sera pourvu* par le conseil municipal, « ou, en cas de refus de sa part, *au moyen d'une contribution « extraordinaire établie par une ordonnance du roi dans les « limites du maximum qui sera fixé annuellement par la loi de*

Digitized by Google

« *finances*, et par une loi spéciale, si la contribution doit ex-
« céder ce maximum. » Ce texte donne-t-il au créancier de la commune un droit véritable d'obtenir l'imposition des centimes additionnels aux contributions directes de la commune dans les limites ci-dessus (fixées annuellement, ainsi qu'il a été dit plus haut, par la loi du budget à 10 ou 20 centimes, selon qu'il s'agit de dépenses obligatoires ordinaires ou de condamnations judiciaires), ou bien le gouvernement a-t-il un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser l'imposition demandée? Le Conseil d'État a jugé, le 29 mars 1853 (*Giraud*),
« qu'il appartient au gouvernement seul de reconnaître si, eu
« égard aux facultés contributives des communes, il peut leur
« être fait application de cet article; — que, dès lors, en
« déclarant qu'il ne peut être actuellement pourvu au moyen
« d'une contribution extraordinaire, au payement des sommes
« dont la section de Brousse a été reconnue débitrice envers
« la dame du Roure, le ministre de l'intérieur n'a pas excédé
« ses pouvoirs, et que ladite déclaration ne peut nous être dé-
« férée, en notre Conseil d'État, par la voie contentieuse. »

Le ministère de l'intérieur applique cette jurisprudence, ainsi que cela résulte de la décision suivante, tirée de son *Bulletin officiel*, 1858, p. 355 : « Les communes sont, quant à leurs dettes,
« placées en dehors du droit commun. L'administration supé-
« rieure peut toujours, après avoir apprécié les facultés contri-
« butives d'une municipalité, déclarer qu'elle est ou non en
« mesure de pourvoir à ses engagements. » Cela veut dire, en bon français, qu'il dépend du pouvoir discrétionnaire, arbitraire, du ministère de l'intérieur, de dire qu'il lui convient ou non que les communes payent leurs dettes, et que si cela ne lui convient pas, il n'est ouvert aucun recours aux créanciers, pas même le recours contentieux devant le Conseil d'État, pour obtenir l'imposition partielle déterminée par l'article 39, § 4, de la loi du 18 juillet 1837.

Cette solution est-elle équitable? est-elle juridique? Je ne le pense pas. Pourquoi serait-il plus juste d'affranchir les communes que les particuliers du payement de leurs dettes? Il serait difficile d'en donner une bonne raison. Je ne regarde pas comme sérieuse celle alléguée, que les services publics de la commune et les intérêts du trésor de l'État seraient compromis par ce respect aveugle des droits privés d'un créancier. On a

Digitized by Google

vu plus haut que, sous le droit romain, les communes étaient soumises aux mêmes voies d'exécution que les particuliers, et cependant elles avaient à supporter des charges publiques autrement considérables que nos communes actuelles, ainsi qu'on peut le voir dans mon *Droit public et administratif romain*, n°s 268-277. Cet intérêt public n'a donc pas paru suffisant aux empereurs romains pour dispenser les communes de payer leurs dettes, quoique le prince eût un intérêt immense à les en affranchir. Pourquoi en serait-il autrement chez nous? Il est impossible d'imaginer la plus légère raison de différence.

Au surplus, il ne s'agit même pas, dans la jurisprudence du Conseil d'État et du ministère de l'intérieur, de savoir si le ministère ou le gouvernement a ou non le pouvoir discrétionnaire de refuser aux créanciers des communes l'établissement d'impositions extraordinaires pour acquitter leurs dettes d'une manière absolue et à quelque somme qu'elles s'élèvent, mais seulement de savoir si, dans la mesure fixée par la loi de 1839, combinée avec la loi de finances, l'imposition fixée à 10 ou à 20 centimes est obligatoire. Or il me semble que, contrairement aux décisions du Conseil d'État et du ministre, on doit la regarder comme un droit pour le créancier, et, dès lors, comme obligatoire pour la haute administration. La loi dit, en effet, comme nous l'avons vu, *Si les ressources de la commune sont insuffisantes, il y sera pourvu... au moyen d'une contribution extraordinaire établie par une ordonnance du roi... Il y sera pourvu!* N'est-ce pas là un langage aussi impératif qu'impossible? Est-ce que cela veut dire : le gouvernement aura le pouvoir discrétionnaire, arbitraire, d'établir ou non, selon son bon plaisir, une contribution déterminée annuellement par la loi de finances? Il me semble que c'est faire la plus étrange violence aux règles du langage que d'y trouver l'interprétation adoptée par le Conseil d'État.

A un autre point de vue, et sous le rapport de la forme, l'excès de pouvoir était manifeste dans l'espèce jugée par le Conseil d'État. Je veux dire que le ministre était incompétent pour décider seul s'il y avait lieu ou non d'accorder l'imposition extraordinaire sollicitée par le créancier de la commune ou section. Quand la loi dit qu'il sera pourvu à tel objet par une ordonnance royale ou par un décret, il me semble évident que

Digitized by Google

le ministre usurpe les pouvoirs du chef de l'État, s'il prend sur lui de refuser de faire l'application de la faculté accordée par la loi. Il est trop manifeste qu'il ne pourrait pas accorder l'imposition sollicitée : donc il n'est pas compétent pour la refuser, car celui-là seul peut refuser qui pourrait accorder. L'excès de pouvoir est donc évident, puisque le ministre a mis l'empereur dans l'impossibilité d'exercer la prérogative que la loi lui accorde. S'il en était ainsi, il faudrait dire que les prérogatives de la couronne pourraient, pour la plupart, être usurpées par les ministres, s'il leur était permis de se mettre à la place du chef de l'État pour refuser tout ce qu'il lui est permis d'accorder. Je prends pour exemple la plus précieuse des prérogatives de la couronne, le droit de grâce, en vertu duquel le chef de l'État peut faire ou non remise des peines aux condamnés. Supposez qu'il plaise au ministre de la justice de rejeter les demandes en grâce adressées à l'empereur, sous prétexte qu'elles ne sont pas opportunes, est-ce que par là il n'usurperait pas la prérogative impériale en la mettant dans l'impossibilité de s'exercer? C'est comme si, dans les matières contentieuses de la compétence du Conseil d'État séant au contentieux, le rejet immédiat des requêtes était prononcé par le président seul de la section du contentieux. Est-ce que, par là, il n'usurperait pas sur les attributions de l'empereur séant en l'assemblée de son Conseil d'État au contentieux? Le Conseil d'État et le ministre de l'intérieur font donc, sous le rapport de la forme, une très-fausse application de l'article 39 de la loi de 1837.

Mais c'est surtout sous le rapport du fond que j'attaquerai la jurisprudence du conseil et du ministère; car, à mon point de vue et selon les lumières de ma conscience et de mon jugement, rien n'est plus antijuridique, plus antiéconomique, plus antisocial, rien en un mot ne m'a semblé plus immoral que la prétendue maxime : « Que l'administration supérieure « peut toujours, après avoir apprécié les facultés d'une com- « mune, déclarer qu'elle est ou non en mesure de pourvoir à « ses engagements. » Nous avons vu que rien n'est plus opposé aux termes impératifs de la loi. Rien n'est plus antiéconomique et plus antisocial. En effet, que dirait le public et quel serait le sort des emprunts contractés chaque année par les communes, et surtout par les grandes villes telles que Paris, Mar-

Digitized by Google

seille et autres, qui, avec les impositions extraordinaires et les emprunts départementaux, remplissent notre *Bulletin des lois*, si l'on insérait dans ces actes d'emprunts une clause ainsi conçue :

« Art... Les porteurs des obligations souscrites par la ville « de... (Paris, Marseille ou autre) sont avertis qu'à l'échéance « desdites obligations, le ministre de l'intérieur aura le pouvoir « discrétionnaire, arbitraire, et sans qu'aucun recours puisse « être exercé contre ses décisions, de déclarer si ladite ville « est ou non en mesure de pourvoir à ses engagements, et en « cas de solutions négatives de sa part, il ne sera établi aucune « imposition extraordinaire, même dans la mesure limitée « permise par la loi du 18 juillet 1837, art. 39, à l'effet de « pourvoir à l'acquittement desdites obligations. »

Que diraient les agents de change, les banquiers et les capitalistes de Paris, Lyon et Marseille, si l'on affichait une pareille clause quand des emprunts sont ouverts en faveur de ces villes? Je ne suppose pas que de pareilles obligations trouvassent preneurs à une pareille condition. Et cependant, d'après la jurisprudence du Conseil d'État et du ministère de l'intérieur, cette clause est sous-entendue dans tous les emprunts communaux. On me dira, peut-être, que jamais le ministre n'oserait faire usage de son prétendu pouvoir discrétionnaire pour les emprunts des grandes villes, et qu'il le réserve pour l'appliquer aux communes rurales. En cela, ce prétendu pouvoir ne me paraît que plus immoral. Est-ce que les créanciers des communes rurales ne sont pas aussi dignes d'intérêt que les créanciers des communes urbaines? Est-ce que les pouvoirs sociaux ne sont pas établis pour protéger l'existence des engagements souscrits par les débiteurs? La société n'a-t-elle pas pour but suprême de faire triompher le droit sur la force?

On ne cesse de vanter les progrès de nos sociétés modernes. Si c'est un progrès que d'être dispensé de payer ses dettes, j'avoue ne pas comprendre le progrès en ce point, comme en beaucoup d'autres. Le public ignorant et de bonne foi pense que ceux qui traitent avec les communes ont le droit d'être payés de ce qui leur est dû. Il se trompe : lorsque les créanciers sont payés, c'est que cela plaît à l'administration ; s'ils ne le sont pas, c'est qu'il lui déplaît qu'ils le soient. Voilà, je ne dis pas le *droit*, ce serait prostituer ce nom sacré, mais le *fait*

Digitized by Google

contraire, selon mon opinion, à toutes les règles de la justice, de l'équité et de la morale, que le Conseil d'État et le ministre de l'intérieur font sortir d'un texte législatif plein de bon sens et de raison. Pour proscrire une pareille jurisprudence, il n'y a qu'une chose à faire, c'est de la porter à la connaissance du public, et j'ai assez de confiance dans la probité de mes contemporains pour être convaincu que leur conscience se révoltera contre une pareille immoralité, qui ne serait bonne qu'à détruire le crédit des communes, si elle venait à se vulgariser, comme elle est en voie de le faire. SERRIGNY.

DES VENTES DOMANIALES

AVANT LA LOI DES 14 MAI-1er JUIN 1864 ET D'APRÈS CETTE LOI.

Par M. Th. Ducrocq,
professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers.

(*Suite*[1].)

229. Toutefois, la combinaison de la loi nouvelle du 1er juin 1864 avec l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807, soulève deux questions qui ont entre elles un lien intime et dont la seconde surtout n'est pas sans difficulté.

Première question. — Le gouvernement conserve-t-il depuis la loi du 1er juin 1864 le droit de *concéder*, sans intervention législative, les marais, lais, relais de mer, atterrissements, alluvions, d'une valeur estimative supérieure à un million?

La raison de douter proviendrait du mot « ne pourra être *aliéné* qu'en vertu d'une loi, » du § 2 de la loi nouvelle. Mais nous avons déjà fait remarquer (n° 45) que ce mot devait être entendu dans le sens restreint d'aliénation par voie de vente, conformément au § 1er où il est dit « continueront à être *vendus* aux enchères publiques ». En un mot, la loi du 1er juin 1864 n'est relative qu'aux ventes domaniales.

En outre, le § 1er *in fine* de la loi maintient formellement les

[1] V. t. XXV, p. 120, 306, 419 et 494, et le présent tome, p. 11.

Digitized by Google

lois spéciales à certaines classes d'immeubles domaniaux ; le rapport de la commission énumère en première ligne l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807; il ajoute ces paroles expressives : « ces exceptions au principe fondamental posé par la « loi de 1790, votre intention est certainement de les main- « tenir. » Donc l'article 41 de la loi de 1807 subsiste sans modification, depuis comme avant la loi nouvelle.

Or il suffit de lire cet article pour constater qu'il délègue au gouvernement le droit de concéder les biens dont il s'agit, sans distinguer entre les immeubles d'une valeur supérieure ou non à un million.

La question soulevée doit donc être résolue par l'affirmative. Ce point paraît constant et n'est pas de nature à faire sérieusement difficulté.

230. *Seconde question.* — Le gouvernement qui, avant la loi du 1er juin 1864, pouvait opérer la *vente* des parcelles domaniales en marais, lais, relais de mer, etc., d'une valeur estimative supérieure à un million, le peut-il encore aujourd'hui?

Voilà le point délicat, et qui mérite d'être examiné d'une manière approfondie.

Au point de vue rationnel, il faut reconnaître que maintenir entre les mains du gouvernement le droit de concéder les parcelles de marais, lais et relais d'une valeur estimative supérieure à un million, et lui refuser celui de les vendre, est une incohérence choquante. La vente offre à l'État plus de garanties que la concession ; c'est ce que nous venons de rappeler, et ce que déjà nous avions établi plus haut (n° 46); donc logiquement et raisonnablement on ne saurait refuser au gouvernement la délégation du droit de vendre une chose lorsqu'on lui délègue le droit de l'aliéner par voie de concession.

Mais il s'agit de déterminer ce qu'a fait la loi et non ce qu'elle devait faire.

Or, si l'on admet que l'article 41 de la loi de 1807 est étranger à la vente, qu'il n'est relatif qu'au droit de concéder les marais, lais et relais de mer, on ne trouve plus désormais d'autre règle législative applicable à la vente de ces sortes de biens que le texte général de la loi du 1er juin 1864, substitué aux délégations contestées de l'an X; de sorte que la vente des marais, lais, relais de mer, atterrissements et alluvions, comme la vente de tous autres immeubles domaniaux, non régie par

Digitized by Google

une loi spéciale, est soumise à la distinction établie par la loi nouvelle. Une loi d'autorisation est nécessaire chaque fois que l'immeuble à vendre a une valeur estimative supérieure à un million; elle n'est pas nécessaire si la valeur est d'un million ou au-dessous.

Pour qu'il en fût autrement des propriétés domaniales qui nous occupent, il faudrait que la vente des marais, lais, relais, etc., fût régie par une loi spéciale; et cette loi n'existe pas, puisque l'article 41 de la loi de 1807 n'est relatif qu'à l'aliénation de ces sortes de biens par voie de concession.

231. Peut-être contestera-t-on cette interprétation de l'article 41 de la loi de 1807, de laquelle dépend la solution de la question posée?

Si l'on objecte que c'est en vertu de ce texte que le gouvernement faisait procéder, avant 1864, tantôt aux ventes, tantôt aux concessions des biens dont il s'agit, nous répondrons que le gouvernement concédait en vertu de cet article 41, mais qu'il vendait en vertu de la loi du 15 floréal an X, d'après l'interprétation vraie ou fausse suivant laquelle cette loi contenait la délégation du droit de vendre les immeubles ruraux du domaine de l'État.

Si l'on objecte que cette solution introduit dans la législation une anomalie déraisonnable, nous répondrons, en nous inclinant : *dura lex sed lex.*

Si l'on objecte que l'article 41 de la loi de 1807 étant complétement étranger aux ventes domaniales, le rapport supplémentaire de M. de Voize n'avait que faire de le mentionner dans le passage ci-dessus reproduit (n° 221), nous adhérerons, en rappelant ce que nous avons déjà dit dans le cours de ce travail, que les rapports faits aux assemblées législatives ne peuvent jamais l'emporter sur le texte des lois.

Il faut remarquer qu'ici la difficulté repose moins sur l'interprétation qu'il convient de donner au texte de la loi nouvelle que sur celle que comporte l'article 41 de la loi de 1807, que la commission de 1864 n'avait pas qualité pour interpréter législativement. Le rapport, du reste, ne s'explique pas sur la question qui nous occupe.

Enfin, sur ce même point, nous ferons observer que ce premier numéro de l'énumération du rapport de M. de Voize, ainsi que plusieurs des numéros suivants, s'expliquent aussi par

Digitized by Google

cette idée, qui peut avoir inspiré le mot *aliénation*[1] introduit dans cette partie de la loi, à savoir, que cette disposition nouvelle laissait subsister toutes les lois spéciales relatives, non-seulement à la vente de certaines catégories d'immeubles domaniaux, mais à tous les autres modes d'aliénation dont ils sont susceptibles, c'est-à-dire l'échange et la concession. Cette observation doit se combiner avec la critique formulée plus haut (n° 45). Mais, dans cet ordre d'idées, s'il convient de reconnaître que le texte de la loi et le rapport sont en parfaite harmonie, il faut admettre aussi que ni l'un ni l'autre n'attribuent à l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807 un sens plus étendu que celui que nous lui donnons nous-même.

232. D'ailleurs le texte de cet article est formel; il porte : « le gouvernement *concédera* »; et lire cette disposition comme s'il y avait : « le gouvernement vendra et concédera, » ce n'est pas interpréter la loi, c'est la faire.

Cette vérité a du reste été dite au Corps législatif, par M. Rouher, ministre d'État, dans la séance du 27 avril 1864.

Le premier rapport de la commission et les orateurs qui en soutenaient les conclusions, disaient : « Si les lois de l'an X pouvaient autoriser pour l'avenir l'aliénation de tous les biens domaniaux, pourquoi, en 1807, a-t-on rendu la loi du 16 septembre relative aux concessions de marais, lais et relais de mer? » Et le ministre a répondu avec autant de netteté que de raison : « Ce que la loi de 1807 autorise, ce n'est point une « vente, c'est une concession à l'amiable[2]. »

[1] « *Immeubles domaniaux autres que ceux dont l'aliénation est régie par « des lois spéciales.* »

[2] Voici en entier ce passage du discours de S. Exc. M. Rouher, ministre d'État, rapporté au *Moniteur* du 28 avril 1864, page 572, 5e colonne :

« L'honorable M. Segris fait remarquer que la loi de 1807 a autorisé la concession des lais et relais de mer.

« Est-ce que vous pouvez trouver dans la loi de l'an X le principe de la loi de 1807? Est-ce que la loi de 1807 a le même caractère et stipule les mêmes conditions que la loi de l'an X?

« *Ce que la loi de* 1807 *autorise, ce n'est point une vente, c'est une concession à l'amiable.* Comment, lorsqu'on donnait par la loi de 1807 au pouvoir exécutif cette faculté, extrême peut-être, car elle a été contestée très-vivement plus tard en 1835 et 1838, de concéder les lais et relais de mer, tout ce vaste domaine aliénable, de le concéder gratuitement, de le concéder sans enchères, de le concéder en dehors de toutes les conditions de nature à le garantir et à le sauvegarder, on aurait invoqué les lois de l'an X pour justi-

Digitized by Google

Donc la loi du 1er juin 1864 en laissant en vigueur l'article 41 de la loi de 1807 maintient au gouvernement la délégation du droit absolu de concéder les marais, lais de mer, etc., quelle que soit leur valeur estimative; mais cette même loi n'autorise le gouvernement à vendre ces mêmes biens, sans autorisation législative spéciale, qu'autant qu'ils sont d'une valeur estimative non supérieure à un million; dans le cas contraire, la vente n'en peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi.

Nous reconnaissons que cette conséquence de la loi nouvelle n'est pas rationnelle; nous admettons aussi qu'elle n'est pas entrée dans les prévisions du législateur qui l'aurait évitée; mais elle est imposée par les textes.

233. La théorie que nous venons d'exposer sur l'article 41 de la loi de 1807 et la loi du 1er juin 1864, dans leurs rapports réciproques, s'applique indistinctement à toutes les dépendances domaniales énumérées dans le premier de ces textes.

D'après nous, il n'y a pas d'avantage à les distinguer au point de vue de leur nature légale; ces choses sont toutes des dépendances du domaine privé de l'État, aussi bien les lais et relais de la mer que les marais domaniaux, les atterrissements et alluvions des fleuves.

Mais cette manière de voir est contestée par quelques auteurs [1], qui, prenant à la lettre l'article 538 du Code Napoléon, assimilent les lais et relais aux rivages de la mer et les considèrent comme faisant partie du domaine public.

Suivant nous, la seconde partie de l'article 538 rectifie la première, puisque ce texte n'entend attribuer au domaine public que *les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée.* Or les lais et relais de mer, qu'on les envisage au point de vue rationnel, au point de vue historique ou au point de vue de la législation spéciale dont ils sont l'objet, sont susceptibles de propriété privée.

fier cette disposition exorbitante! Non, car, encore une fois, cette loi de l'an X a stipulé la vente aux enchères, l'emploi du prix et le contrôle par le pouvoir législatif. La loi de 1807 n'avait donc rien de commun avec la loi de l'an X; elle a, au contraire, élargi les attributions du pouvoir exécutif, d'une façon qui a été même trouvée plus tard excessive; elle n'a pas fait autre chose. »

[1] M. Gaudry, *Traité du domaine*, t. III, p. 51. — M. des Glajeux, *De l'aliénation des biens de l'État*, p. 198.

Digitized by Google

Au point de vue rationnel, il suffit de dire que les *lais* sont des alluvions que le flot dépose le long des propriétés riveraines, et les *relais*, des terrains que la mer en se retirant abandonne insensiblement le long des propriétés riveraines ; il suffit d'indiquer que les uns et les autres ont ce caractère commun de n'être jamais recouverts par le flot, même au moment de la plus haute marée ; pour montrer qu'à la différence des rivages, les lais et relais de mer n'ont aucune destination publique, ni pour la navigation ni pour la défense du territoire, et sont aussi susceptibles de propriété privée que les terrains voisins auxquels ils adhèrent et de la nature desquels ils participent.

Historiquement, les lais et relais de mer étaient sous l'ancienne monarchie, en vertu du second édit de février 1566, classés dans le *petit domaine* aliénable et prescriptible. Il est vrai que l'Assemblée constituante a laissé passer dans la loi de 1790 l'erreur qu'a reproduite l'article 538 du Code Napoléon ; mais dans l'intervalle la Convention, par un décret du 11 nivôse an II, considérant que les lais et relais de la mer faisaient partie des propriétés nationales dans lesquelles les communes n'avaient aucun droit de s'immiscer, annulait toute entreprise des habitants de Quent, Saint-Quentin et Saint-Firmin sur des terrains renclos provenant des lais et relais de la mer, et maintenait provisoirement les *concessionnaires et fermiers de ces biens dans leur ancienne jouissance.*

Au point de vue de la législation spéciale, nous venons de commenter l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807, qui rectifie formellement, en ce qui concerne l'aliénation par voie de concession, la disposition erronée de l'article 538 du Code Napoléon. Mais nous croyons que même avant cette loi, sous l'empire de l'article 538 du Code Napoléon, comme sous l'empire de l'article 2 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790, reproduit textuellement dans la disposition de 1804, les lais et relais de mer, grâce à la seconde partie de ces articles annihilant la mention erronée de la première, n'ont jamais cessé d'être prescriptibles, ont été aliénables en vertu d'une loi, de 1790 à l'an X, et, depuis la loi du 16 floréal an X jusqu'à celle du 1er juin 1864 ont pu, en tant que biens ruraux, être vendus administrativement aux enchères publiques, sans intervention du législateur, quelle qu'en soit la valeur. Nous venons de dire qu'il résulte forcément de la loi de 1864, que le gouvernement

Digitized by Google

ne peut plus vendre sans une loi que les lais et relais de mer dont la valeur estimative ne dépasse pas un million, tandis qu'en vertu de la loi de 1807 il peut toujours les concéder sans distinction de valeur.

Ces constatations rationnelles, historiques et législatives, ne permettent donc pas de maintenir le classement des lais et relais de mer dans le domaine public; c'est propriétairement que l'État les possède, et c'est dans le domaine de l'État qu'ils doivent être classés.

234. Une ordonnance royale du 23 septembre 1825, complétée par deux décrets des 21 février 1852 et 12 décembre 1860, règle les formalités de la concession dans les cas prévus par l'article 41 de la loi de 1807. Ces formalités sont : 1° levée et approbation de plans par l'administration des ponts et chaussées; 2° mesurage, description et évaluation des terrains à concéder; 3° enquête administrative de *commodo et incommodo;* 4° arrêté préfectoral rendu après avis des ingénieurs, du directeur des domaines et, s'il y a lieu, du directeur du génie militaire; 5° avis du conseil général des ponts et chaussées; 6° avis du conseil général des domaines; 7° avis de la commission mixte des travaux publics, instituée pour examiner les questions de défense territoriale; 8° avis du ministre de la guerre; 9° avis du ministre de la marine; 10° examen par la section des finances du Conseil d'État; 11° délibération de l'assemblée générale du Conseil d'État, aux termes de l'article 13, § 5, du décret réglementaire du 30 janvier 1852 sur le Conseil d'État.

§ 2.

Terrains domaniaux expropriés, concédés et rétrocédés d'après la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

SOMMAIRE.

235. Trois cas de dépossession de terrains domaniaux, sans autorisation législative spéciale, résultent de la loi du 3 mai 1841.
236. *Première hypothèse.* Expropriation du domaine de l'État; une loi n'est pas nécessaire pour autoriser cette aliénation forcée du domaine de l'État.
237. Démonstration et réfutation de l'opinion contraire émise par M. Gaudry.
238. Suite et conclusion.
239. La loi du 1er juin 1864 laisse subsister l'état de choses antérieur.
240. Divers cas dans lesquels le domaine de l'État peut être exproprié.

Digitized by Google

241. Règlement de l'indemnité par le jury ou acceptation des offres par le ministre des finances.
242. *Seconde hypothèse.* — Cession volontaire par le ministre des finances ou par le préfet, sans loi d'autorisation, des immeubles domaniaux menacés d'expropriation.
243. Règlement de l'indemnité par le jury ou acceptation des offres par le ministre des finances.
244. *Troisième hypothèse.* — Droit de préemption ouvert aux anciens propriétaires dont les terrains n'ont pas reçu la destination qui avait motivé la procédure en expropriation.
245. On doit éviter en expliquant le droit de préemption de dire que l'expropriation fait passer un immeuble de la propriété privée *dans le domaine public.*
246. Première partie de la réfutation : — dans nombre de cas l'expropriation n'a pas pour but, même après l'achèvement des travaux, d'ajouter au domaine public.
247. Exemple (controversé il est vrai) tiré des ministères, préfectures et mairies.
248. Exemple (non controversé) tiré des presbytères et palais épiscopaux et archiépiscopaux.
249. Exemple tiré d'un arrêt du Conseil d'État, relatif à un établissement d'eaux thermales.
250. Suite; doctrine et jurisprudence relative aux théâtres.
251. Suite; haras, écoles de dressage, usines, fonderies, etc..., appartenant à l'État.
252. Suite; halles et marchés.
253. Suite; distinction entre les gares et autres dépendances des chemins de fer.
254. Deuxième partie de la réfutation : — Même dans le cas où elle a lieu en vue de créer une dépendance du domaine public, l'expropriation n'y place pas *ipso jure* les terrains; ils ne font partie du domaine public qu'au moment où ils reçoivent leur destination publique. — Exemple tiré des routes impériales.
255. Application à de vastes terrains acquis par des compagnies de chemins de fer en prévision d'agrandissements futurs.
256. Résumé; théorie de la loi du 3 mai 1841 sur l'effet de l'expropriation pour cause d'utilité publique.
257. Application au droit de préemption.
258. Si même le terrain était une fois entré dans le domaine public, l'exercice du droit de préemption ne serait plus possible.
259. Quels sont les *ayants droit* auxquels l'article 60 de la loi de 1841 confère l'exercice du droit de préemption comme à l'ancien propriétaire.
260. Ordonnance du 22 mars 1835; formes du contrat de rétrocession; vente et application de la loi du 1er juin 1864 en cas de déchéance encourue par l'ancien propriétaire ou ses ayants droit.

235. Il y a, d'après la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, trois hypothèses dans lesquelles

Digitized by Google

des terrains domaniaux peuvent sortir des mains de l'État, sans qu'il soit nécessaire qu'une loi spéciale intervienne pour autoriser l'aliénation.

La première de ces hypothèses n'est autre chose que l'application au domaine de l'État du droit commun en matière d'expropriation; ce n'est pas une disposition particulière de cette loi, c'est cette loi tout entière qui régit ce premier cas, dans lequel il faut recourir à un jugement d'expropriation pour dépouiller l'État de parcelles domaniales nécessaires à l'exécution de travaux d'utilité publique.

Ce premier cas n'est pas mentionné dans le rapport de la commission législative de 1864; il en est autrement des deux autres.

La seconde hypothèse, mentionnée au n° 6 de l'énumération du rapport [1], est régie par l'article 13, § 5, de la loi du 3 mai 1841; il s'agit du cas où l'État menacé d'un jugement d'expropriation juge à propos de consentir à une cession amiable.

La troisième hypothèse, mentionnée au n° 3 de l'énumération du rapport [2], est régie par les articles 60, 61 et 62 de la même loi du 3 mai 1841. Ces articles confèrent à l'ancien propriétaire exproprié, dont les terrains ne reçoivent pas la destination d'utilité publique pour laquelle l'expropriation avait été prononcée, un *droit de préemption*, dont ces textes réglementent les conditions et l'exercice.

Il convient d'observer que c'est encore la concession, et non la vente, qui, dans ces deux derniers cas, est le mode d'aliénation domaniale réglé par ces dispositions de la loi du 3 mai 1841, que le rapport législatif nous montre comme étant maintenues par le texte de la loi du 1er juin 1864.

Nous allons examiner chacune de ces hypothèses, qui toutes ont ces caractères communs de nous montrer l'État dépossédé de terrains domaniaux sans qu'une loi soit nécessaire, d'être régies par une même loi, celle du 3 mai 1841, et d'être produites par un même fait générateur, l'expropriation pour cause d'utilité publique.

236. I. *Première hypothèse.* — L'exécution de travaux d'u-

[1], [2] Nous croyons devoir rappeler une dernière fois que ce passage du rapport supplémentaire de la commission législative de 1864, présenté par M. de Voize, est reproduit en entier ci-dessus, au n° 221.

Digitized by Google

tilité publique, tels qu'ouverture de routes impériales, de chemins de fer, de routes départementales, de chemins vicinaux, de rues, etc., peut exiger l'emprise de terrains faisant partie du domaine de l'État. Comment devra-t-on procéder? La loi ne prescrit et n'avait à prescrire aucune règle particulière. Il n'y avait aucun motif de soustraire le domaine de l'État au droit commun. Le droit de propriété entre les mains de l'État, comme en celles de tout autre propriétaire, est tenu de s'incliner devant l'utilité publique régulièrement constatée. La procédure administrative et judiciaire à suivre contre l'État, à l'effet d'arriver à l'expropriation pour cause d'utilité publique d'un de ses immeubles, est la même que lorsqu'on exproprie une autre personne morale, département, commune, établissement public et d'utilité publique ou un simple particulier, sauf l'application des règles relatives à la représentation de l'État par le préfet, avec la collaboration de l'administration des domaines, sous l'autorité du ministre des finances [1].

Nous rappelons que les divers actes de cette procédure en expropriation sont :

1° Le décret impérial portant déclaration d'utilité publique et autorisant l'exécution des travaux pour lesquels l'expropriation est requise;

2° L'arrêté du préfet qui désigne les localités ou territoires sur lesquels les travaux doivent avoir lieu, lorsque cette désignation ne résulte pas du décret impérial;

3° L'arrêté de cessibilité, par lequel le préfet détermine les parcelles auxquelles l'expropriation est applicable;

4° Le jugement d'expropriation rendu par le tribunal civil de l'arrondissement de la situation des immeubles.

C'est cette décision judiciaire qui opère la translation de propriété, aux termes des articles 1, 14 § 1, 17 à 20 de la loi du 3 mai 1841.

On voit par là que lorsque des terrains domaniaux sont compris parmi les parcelles expropriées, l'État se trouve dépouillé de son droit de propriété, sans qu'une loi soit intervenue pour autoriser cette aliénation forcée.

[1] Code de procédure civile, art. 69-1°; loi des 19 août-12 septembre 1791, art. 12; ordonnance royale du 6 mai 1838; arrêté du ministre des finances du 3 juillet 1834.

Digitized by Google

237. Il n'y a pas sous ce rapport à distinguer, entre l'époque d'application pure et simple de l'article 3 de la loi du 3 mai 1841, d'après lequel la déclaration d'utilité publique s'opérait par une loi ou par un décret, suivant l'importance des travaux à exécuter, et celle d'application de l'article 4 du sénatus-consulte du 25 décembre 1852, d'après lequel un décret impérial suffit toujours aujourd'hui, quelle que soit la nature des travaux.

Sous l'une et l'autre de ces deux législations, 1841 et 1852, l'expropriation du domaine de l'État pour cause d'utilité publique s'opère également, sans qu'une loi doive autoriser l'aliénation des parcelles domaniales comprises parmi les terrains dont l'emprise est nécessaire. C'est une vérité qu'il nous semble impossible de méconnaître sans erreur grave.

Sous l'empire de l'article 3 de la loi de 1841, deux cas se produisaient; ni l'un ni l'autre ne donnaient lieu à une loi autorisant l'aliénation domaniale. D'une part, lorsque les travaux avaient le moins d'importance, un décret déclarait l'utilité publique, et l'expropriation s'accomplissait sans aucun acte législatif; d'autre part, lorsque les travaux étaient plus considérables, il est bien vrai que c'était une loi qui déclarait l'utilité publique des travaux et les autorisait; mais cette loi prescrivant l'ouverture d'une route impériale ou d'un chemin de fer, ne contenait aucune désignation des parcelles à exproprier, qu'elles appartinssent à l'État ou à des particuliers; cette loi ne pouvait donc contenir aucune autorisation d'aliénation domaniale; les Chambres pouvaient même ignorer en la rendant que des terrains appartenant à l'État devaient être pris pour l'exécution des travaux; toutes choses qui paraissent avoir échappé à M. Gaudry, dont nous avons encore le regret de combattre ici les doctrines [1].

Sous l'empire du sénatus-consulte du 25 décembre 1852, cette vérité, qu'aucune loi ne doit intervenir pour autoriser l'expropriation du terrain appartenant à l'État, n'est pas moins certaine, malgré l'opinion contraire émise aussi par le même auteur [2]. « On peut douter, dit-il, que ce sénatus-consulte soit « applicable au cas où des terrains domaniaux sont nécessaires « à l'exécution des travaux. En effet, nulle aliénation définitive « du domaine ne peut avoir lieu sans une loi. »

[1], [2] *Traité du domaine*, t. III, n° 580, p. 68.

Digitized by Google

Mais cette loi, que cet auteur dit nécessaire pour autoriser toute aliénation définitive du domaine, nous venons de montrer que c'est par l'effet d'une confusion étrange qu'il l'a vue sous l'empire de l'article 3 de la loi de 1841, dans la loi portant déclaration d'utilité publique qui dans certains cas devait intervenir. Si donc cette loi d'autorisation de l'aliénation domaniale n'existait dans aucune des deux hypothèses de l'article 3 de la loi de 1841, comment pourrait-elle trouver place sous l'empire de l'article 4 du sénatus-consulte du 25 décembre 1852?

Ne suffit-il pas d'ailleurs de lire le texte de cette disposition [1] pour reconnaître qu'elle confère à l'Empereur le droit de déclarer par voie de décrets l'utilité publique, dans tous les cas, quelle que soit l'importance des travaux, quelle que soit aussi la nature domaniale ou non des terrains à exproprier.

Argumenter du § 2 de cette disposition d'après laquelle une loi peut seule ouvrir les crédits ou ratifier les *engagements* nécessaires pour l'exécution des travaux, et dire « qu'il s'agit de « l'*engagement* de l'État de céder son domaine, » c'est jouer sur les mots, et fouler aux pieds l'esprit et le texte du sénatus-consulte. L'*engagement* dont il parle ne peut être que celui de payer une somme d'argent, soit à titre de subvention, soit à tout autre titre, soit sous forme d'annuités ou de garantie d'intérêts, soit sous toute autre forme. M. le président Troplong, dans son rapport au Sénat sur le projet de sénatus-consulte, n'a-t-il pas dit d'ailleurs que ce n'étaient que *les frais du travail* qui devaient être soumis à la sanction législative?

238. Enfin il n'y a pas en cette matière à solliciter du législateur, représentant l'État, l'*engagement de céder son domaine!* il n'est pas nécessaire d'obtenir de lui une autorisation à l'aliénation! ce serait méconnaître à la fois le caractère des lois qui autorisent les aliénations du domaine et le caractère de l'expro-

[1] « Tous les travaux d'utilité publique, notamment ceux désignés par l'article 10 de la loi du 21 avril 1832 et l'article 3 de la loi du 3 mai 1841, toutes les entreprises d'intérêt général, sont ordonnés ou autorisés par décrets de l'Empereur. Ces décrets sont rendus dans les formes prescrites pour les règlements d'administration publique. Néanmoins, si ces travaux et entreprises ont pour condition des engagements ou des subsides du Trésor, le crédit devra être accordé ou l'engagement ratifié par une loi nouvelle avant la mise à exécution. »

Digitized by Google

priation pour cause d'utilité publique. L'État propriétaire est soumis au droit commun; son droit de propriété s'incline comme tout autre devant les exigences de l'intérêt général; qu'il le veuille ou non, il est exproprié! Ce n'est pas une aliénation volontaire, comme la vente, la concession et l'échange, où le consentement du propriétaire doit être donné. C'est une aliénation forcée, pour laquelle le consentement du propriétaire n'est pas utile, et la loi d'autorisation dont on parle ne serait autre chose que le consentement donné à l'expropriation par les représentants de l'État.

Ni la loi de 1841 ni le sénatus-consulte de 1852 n'ont dû ni voulu faire au domaine de l'État une situation autre qu'au domaine privé des départements et des communes, qu'aux biens des établissements publics ou d'utilité publique et des simples particuliers. Tous ces propriétaires sont expropriés, sans qu'on ait besoin pour cela de leur adhésion, et précisément parce qu'ils ne la donnent pas. Donc l'État doit subir l'expropriation des parcelles domaniales, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir de ses représentants leur consentement à cette dépossession.

239. Cette situation n'est pas changée par la loi du 1er juin 1864. Quelle que soit l'importance de l'immeuble domanial dont l'emprise est nécessaire pour l'exécution de travaux d'utilité publique, que sa valeur estimative soit égale ou inférieure à un million, qu'elle soit même (par impossible!) supérieure à ce chiffre, l'expropriation dans tous les cas, depuis comme avant cette loi nouvelle, continuera à se produire à l'encontre de l'État, comme à l'encontre de tout autre exproprié; on suivra les règles de la loi du 3 mai 1841, modifiée par le sénatus-consulte de 1852, sans aucune intervention particulière, ni du pouvoir législatif, ni même du pouvoir exécutif, ayant pour objet de consentir à l'expropriation.

240. La partie expropriante, adversaire de l'État exproprié, pourra être l'administration d'un département ou l'administration d'une commune (avis du Conseil d'État, publié au *Bulletin des lois* le 1er mars 1831; cassation, arrêt du 12 janvier 1842; Dalloz, 42, 1, 145; Sirey, 42, 1, 420), lorsqu'il s'agira de travaux d'utilité publique départementale ou communale; plus souvent ce sera l'État lui-même, agissant comme partie expropriante contre l'État exproprié.

Au point de vue des principes, il faut remarquer que l'État,

Digitized by Google

pris comme exproprié dans une portion de son domaine, est une personne morale et civile, tandis que l'État, partie expropriante, agit en tant que puissance publique, non pour la satisfaction de droits et d'intérêts d'ordre privé qui peuvent lui compéter comme aux citoyens, mais pour la satisfaction des besoins et des intérêts généraux.

Il est vrai que le préfet est, dans un cas comme dans l'autre, chargé de représenter l'État; il est chargé par l'article 57 de la loi de 1841 de poursuivre l'expropriation; il est investi par le Code de procédure civile et les textes indiqués ci-dessus (n° 236) de la mission de représenter le domaine dans toutes les actions qu'il doit soutenir en justice, en défendant comme en demandant. Mais tandis que le préfet représentant l'État, personne morale, partie expropriée, est placé sous l'autorité du ministre des finances et assisté de l'administration de l'enregistrement des domaines, le préfet représentant l'État, puissance publique, partie expropriante, sera placé, tantôt et le plus souvent, sous l'autorité du ministre des travaux publics, et assisté de l'administration des ponts et chaussées et des chemins de fer, tantôt sous l'autorité d'un autre ministre.

Ces circonstances prouvent bien que, même lorsque l'État dans une expropriation se trouve en présence de l'État, les services publics représentés dans cette lutte sont divers, et les intérêts qu'ils ont à défendre peuvent être en conflit.

Dans nombre de cas d'ailleurs, et notamment en ce qui concerne les travaux de construction de chemins de fer concédés, tous les actes de la procédure en expropriation, quels qu'ils soient, peuvent être faits par la compagnie concessionnaire, subrogée aux droits de l'État; il en est de même de tout concessionnaire de travaux publics (loi du 3 mai 1841, art. 63).

Lorsque c'est le département qui poursuit l'expropriation d'une parcelle domaniale, le préfet se trouve encore investi du droit de représenter le département, partie expropriante, et l'État, partie expropriée. Dans cette hypothèse, la contrariété des intérêts est bien plus complète; on doit appliquer l'article 38 *in fine* de la loi du 10 mai 1838, portant « qu'en cas de « litige entre l'État et le département, l'action est intentée ou « soutenue au nom du département par le membre du conseil « de préfecture le plus ancien en fonctions. »

241. Lorsque l'expropriation de la parcelle ou des parcelles

Digitized by Google

domaniales a été prononcée suivant les formes ci-dessus décrites (n° 236), il reste à fixer l'indemnité due par la partie expropriante à la partie expropriée.

Les règles à suivre pour procéder au règlement de cette indemnité, sont encore celles tracées par la loi du 3 mai 1841; la présence de l'État, en qualité d'indemnitaire, n'apporte aucune dérogation au droit de la matière; le jury d'expropriation sera seul compétent pour fixer le *quantum* de l'indemnité.

Toutefois la loi du 3 mai 1841, innovant sur les lois antérieures relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique, n'a pas voulu soumettre l'État à l'obligation de subir la fixation de l'indemnité par le jury, lors même que les offres sont de nature à être acceptées. Aussi l'article 26 de la loi du 3 mai 1841 contient-il une disposition de droit nouveau, d'après laquelle « le ministre des finances peut accepter les offres d'in- « demnité pour expropriation des biens appartenant à l'État. »

242. II. *Seconde hypothèse.* — Ce que l'article 26 de la loi du 3 mai 1841 fait pour le règlement de l'indemnité, il était utile de le faire pour la translation de la propriété; il fallait permettre à l'État de consentir à l'amiable directement, et sans recourir au législateur, à une dépossession qui ne peut être évitée.

Cependant jusqu'en 1841, pour entreprendre des travaux d'utilité publique sur un terrain domanial, il fallait, ou obtenir une loi de concession d'après la règle générale (n° 31), ou faire rendre un jugement d'expropriation, suivant ce qui vient d'être dit dans les pages qui précèdent; il n'y avait pas place pour une autre hypothèse dans la législation antérieure. C'était une lacune; elle a été comblée par l'article 13, § 5, de la loi du 3 mai 1841, portant que « le ministre des finances peut consentir « à l'aliénation des biens de l'État [1]. »

[1] Ce paragraphe ajoutait : « Ou de ceux qui font partie de la dotation de « la Couronne, sur la proposition de l'intendant de la liste civile. » Mais cette disposition est abrogée par l'article unique du sénatus-consulte du 23 avril 1856, ainsi conçu : « L'administrateur de la dotation de la Couronne « (ministre de la maison de l'Empereur) a seul qualité pour procéder en « justice, soit en demandant, soit en défendant, dans les instances relatives « à la propriété des biens faisant partie de cette dotation ou du domaine « privé. Il a seul qualité pour préparer et consentir les actes relatifs aux « échanges du domaine de la Couronne et tous autres actes conformes aux « prescriptions du sénatus-consulte du 12 décembre 1852. Il a pareillement

Digitized by Google

Cette disposition a pour effet de déléguer au ministre des finances le droit de *concéder*, à l'administration qui poursuit l'expropriation, les terrains domaniaux, qui, d'après le § 1er de cet article 13, « sont compris dans les plans déposés en vertu « de l'article 5 ou dans les modifications admises par l'admi- « nistration supérieure, aux termes de l'article 11 de la pré- « sente loi. »

Cette délégation, quoi qu'en dise encore M. Gaudry (*loco citato*), ne saurait présenter aucun inconvénient, puisque, du moment qu'un décret impérial a déclaré l'utilité publique des travaux, que la désignation des territoires a été faite, que l'arrêté de cessibilité a été rendu, l'expropriation ne peut être évitée, et que c'est à ce moment-là seulement que le ministre des finances est appelé à concéder des parcelles domaniales qu'il ne lui appartient même pas de désigner. Si l'État ne consent pas à leur aliénation, cette aliénation se produira sans son consentement; elle sera forcée. Ce consentement à donner n'a donc d'autre effet (et c'est l'avantage de cette disposition) que d'éviter les frais et les lenteurs que peut entraîner le jugement d'expropriation. Il est dans l'esprit et dans le vœu de la loi sur l'expropriation de provoquer et de faciliter les traités amiables, de ne recourir à la dépossession par jugement que lorsqu'il est impossible d'obtenir du propriétaire sa dépossession volontaire. Les §§ 1, 2, 3 et 4 de l'article 13 de la loi de 1841, toujours en progrès sur celle de 1833, pour rendre les conventions amiables plus faciles et plus fréquentes, diminuent les obstacles légaux à l'aliénation des biens des mineurs, des interdits, des absents, de tous les incapables, des femmes dotales, des titulaires de majorats, des départements, des communes, des établissements publics; le § 5 du même article devait obéir aux mêmes tendances salutaires, à la même pensée sage et prudente, en facilitant la manifestation du consentement de l'État à l'aliénation de ses immeubles compris dans le tracé d'une voie de communication ou de tout autre travail d'utilité publique, et en déléguant au ministre des finances le

« qualité dans les cas prévus par les articles 13 et 26 de la loi du 3 mai 1841, « pour consentir seul les expropriations et recevoir les indemnités sous la « condition de faire emploi desdites indemnités, soit en immeubles, soit en « rentes sur l'État, sans toutefois que le débiteur soit tenu d'en surveiller « l'emploi. »

Digitized by Google

droit de donner lui-même ce consentement, par voie de concession des terrains demandés.

Il est manifeste que la loi nouvelle du 1er juin 1864 maintient entre les mains du ministre des finances cette délégation; c'est ce qu'exprime le n° 6 du rapport de M. de Voize; et il faut bien remarquer que ce droit appartiendrait au ministre des finances, alors même que (par impossible) les parcelles domaniales comprises dans le tracé auraient une valeur estimative supérieure à un million.

Il en est ainsi du droit du préfet, pour les cessions de terrains domaniaux, que le décret du 25 mars 1852[1] sur la décentralisation administrative autorise ce fonctionnaire à réaliser sans l'autorisation du ministre des finances, mais sur l'avis des chefs de service et en conseil de préfecture, lorsqu'il s'agit de terrains nécessaires pour l'ouverture ou le redressement de routes nationales ou départementales et de chemins vicinaux.

243. A cette hypothèse, comme à l'hypothèse précédente, s'applique l'article 26 de la loi de 1841, qui autorise le ministre des finances à accepter les offres d'indemnité faites à l'État.

La disposition de l'article 13 et celle de l'article 26 sont indépendantes l'une de l'autre, comme les deux opérations auxquelles chacun de ces textes se réfère; l'une de ces opérations a pour objet de transférer la propriété, l'autre de fixer l'indemnité. La voie suivie pour la première ne prescrit nullement la voie à suivre pour la seconde.

Le ministre des finances n'est jamais tenu de faire fixer l'indemnité par le jury d'expropriation; il peut accepter les offres faites par l'expropriant, soit que l'État ait cessé d'être propriétaire des terrains domaniaux par l'effet d'un jugement d'expropriation, soit qu'il ait cessé de l'être par l'effet d'un acte de concession.

Ce droit, conféré au ministre des finances par l'article 26 de la loi de 1841, est, si l'on veut considérer le fond des choses, plus important et plus grave que celui qui lui est attribué par l'article 13. En effet, en ce qui concerne la translation de propriété, il n'y a rien à refuser, il n'y a rien à débattre; le con-

[1] Article 3, Tableau C, 5°, ainsi conçu : « Cessions de terrains domaniaux compris dans le tracé des routes nationales, départementales et des chemins vicinaux. » On sait que ce décret est un décret législatif qui a pu déroger à une loi (V. n° 121).

Digitized by Google

sentement que donne le ministre des finances n'est, en quelque sorte, qu'une formalité destinée à en éviter une autre plus coûteuse et plus lente. Au contraire, en ce qui concerne la fixation de l'indemnité, il y a une appréciation à faire, il y a un prix à débattre. En un mot, il serait possible au ministre, en usant du droit que lui donne l'article 26, de compromettre les intérêts de l'État, ce qu'il ferait s'il acceptait l'offre d'une indemnité insuffisante, tandis que nous ne pouvons apercevoir une éventualité dans laquelle les intérêts de l'État seraient compromis par l'usage que ferait le ministre du droit à lui conféré par l'article 13 de la même loi.

Nous n'en considérons pas moins qu'il était bon de ne pas contraindre l'État, seul entre tous les indemnitaires, à attendre le règlement de l'indemnité par le jury, sans pouvoir accepter les offres de l'expropriant. D'ailleurs, pour être logique en ne donnant pas au ministre des finances le droit d'accepter les offres, il eût fallu lui retirer le droit de déterminer le chiffre de la demande. Enfin, c'est surtout entre de pareils adversaires, l'État d'une part, et d'autre part une administration publique, un département, une commune ou même des concessionnaires subrogés au droit de l'État, du département et de la commune, qu'il convient de traiter à l'amiable.

244. III. *Troisième hypothèse.* — Lorsque l'État, en vertu de la loi du 3 mai 1841, par jugement ou à l'amiable, mais après l'accomplissement des formalités prescrites pour constater et déclarer l'utilité publique, est devenu propriétaire de terrains, qui ensuite ne sont pas employés aux travaux d'utilité publique en vue desquels ils avaient été acquis, les anciens propriétaires ou leurs ayants droit sont admis par les articles 60, 61 et 62[1] à en demander la remise. C'est ce qui constitue pour eux le *droit de préemption*.

[1] Ces articles, qui reproduisent presque textuellement les articles correspondants de la loi du 7 juillet 1833, sont ainsi conçus : — « Art. 60. Si les terrains acquis pour les travaux d'utilité publique ne reçoivent pas cette destination, les anciens propriétaires ou leurs ayants droit peuvent en demander la remise. Le prix des terrains rétrocédés est fixé à l'amiable, et, s'il n'y a pas accord, par le jury, dans les formes ci-dessus prescrites. La fixation par le jury ne peut, en aucun cas, excéder la somme moyennant laquelle les terrains ont été acquis. — Art. 61. Un avis, publié de la manière indiquée en l'article 6, fait connaître les terrains que l'administration est dans le cas de revendre. Dans les trois mois de cette publication, les anciens propriété-

Digitized by Google

Les règles sous ce rapport sont les mêmes au cas d'expropriation départementale ou communale; mais nous n'avons à nous occuper ici de l'exercice de ce droit qu'en ce qui concerne l'État, dans le cas où c'est l'État qui avait exproprié et où c'est à l'État que s'impose l'obligation de rétrocéder. Cette rétrocession constitue par rapport à lui une aliénation forcée, par voie de concession à une personne déterminée, de terrains actuellement domaniaux.

En effet, l'État était devenu propriétaire de ces terrains par l'effet du jugement d'expropriation ou du traité qui en a tenu lieu, et cette rétrocession vient opérer de l'État à l'ancien propriétaire, une nouvelle translation de propriété. Cette aliénation par voie de concession au profit de l'ancien propriétaire n'eût été possible qu'en vertu d'une loi, si la disposition législative de l'article 60 n'avait autorisé l'administration à l'opérer directement. C'est pourquoi le rapport de la commission du Corps législatif de 1864 a mentionné à bon droit ce texte parmi les dispositions législatives qui permettent des aliénations du domaine sans intervention du législateur, et que laisse subsister la loi du 1er juin 1864. Nous rappelons toutefois l'observation que nous avons déjà faite pour la loi de 1807 et pour l'article 13 de la loi de 1841, qui s'applique également à cette hypothèse et à plusieurs des textes dont il nous reste à parler, à savoir qu'il ne s'agit pas ici d'une vente domaniale. Quoi qu'il en soit, lors même que par impossible l'immeuble à rétrocéder par l'État aurait une valeur supérieure à un million, le pouvoir législatif n'aurait pas à intervenir; il en est ainsi : 1° parce que la distinction d'après la valeur des immeubles n'est écrite dans la loi nouvelle que pour la vente; 2° parce que la partie finale du § 1er de la loi maintient en vigueur l'article 60 de la loi du 3 mai 1841.

245. Cette étude du droit de préemption considéré au point de vue de l'aliénation domaniale qu'il produit, nous place en présence d'une formule généralement employée, même dans

taires qui veulent réacquérir la propriété desdits terrains sont tenus de le déclarer, et, dans le mois de la fixation du prix, soit amiable, soit judiciaire, ils doivent passer le contrat de rachat et payer le prix; le tout à peine de déchéance du privilége que leur accorde l'article précédent. — Art. 62. Les dispositions des articles 60 et 61 ne sont pas applicables aux terrains qui auront été acquis sur la réquisition du propriétaire en vertu de l'article 50, et qui resteraient disponibles après l'exécution des travaux. »

Digitized by Google

les ouvrages sur l'expropriation pour cause d'utilité publique le plus justement estimés. On dit que par l'effet de l'expropriation *un immeuble passe de la propriété privée dans le domaine public!* C'est à dessein que nous avons évité cette locution dans le numéro qui précède ; suivant nous elle est inexacte. Le droit de préemption nous paraît en fournir une preuve; mais nous devons d'abord réfuter cette proposition dans le cas où l'erreur présente plus de gravité, avant de l'aborder dans ses rapports avec le droit de préemption dont l'explicacation nous paraît liée à cette démonstration.

246. L'expropriation pour cause d'utilité publique n'a pas toujours pour but, même après l'exécution complète des travaux, d'attribuer au domaine public l'immeuble qui a été l'objet de cette expropriation. L'exiger, ce serait restreindre la portée de la loi; ni celle de 1841 ni les lois antérieures n'ont ainsi défini et limité cette indispensable exception à l'inviolabilité du droit de propriété. Il suffit que l'emprise soit justifiée par l'intérêt général, il suffit qu'elle ait pour mobile de lui donner satisfaction, pour que l'expropriation soit légitime; cette circonstance constitue l'utilité publique, qu'il appartient à un décret impérial d'apprécier souverainement. Or ce caractère d'utilité publique, le seul qu'exige la loi, peut se rencontrer également dans une expropriation qui aura pour conséquence de réunir un immeuble aussi bien au domaine de l'État qu'au domaine public national, aussi bien au domaine privé du département qu'au domaine public départemental, aussi bien au domaine privé de la commune qu'au domaine public communal.

Nous ne voulons pas dire que l'on puisse recourir à l'expropriation dans le but unique d'augmenter le domaine de l'État; ce serait aussi contraire à l'esprit et au texte de la loi spéciale sur l'expropriation qu'aux principes de la législation domaniale. Il faut toujours que l'immeuble exproprié reçoive une destination d'utilité publique. L'expropriation ne peut-être autorisée qu'en vue de cette destination; mais cette destination peut se concilier avec l'attribution de l'immeuble au domaine de l'État. L'erreur que nous croyons devoir relever consiste à considérer cette destination d'utilité publique comme n'étant compatible qu'avec l'attribution de l'immeuble au domaine public.

Digitized by Google

247. C'est ainsi qu'ailleurs[1] nous avons cherché à démontrer cette vérité, admise par des autorités nombreuses quoique contestée par d'autres, que la plus grande partie des édifices affectés à un service public, tels que les ministères, les préfectures et les mairies, ne forment pas des dépendances du domaine public, ne sont pas inaliénables et imprescriptibles, et par conséquent font partie du domaine privé de l'État, du département ou de la commune.

Il n'en est pas moins certain que l'affectation de ces édifices à un service public, quoiqu'ils soient en dehors du domaine public, justifie l'emploi de l'expropriation pour cause d'utilité publique, et nous en avons chaque jour des exemples.

248. Pour nous placer en dehors des controverses, nous avons eu l'occasion de constater dans la monographie à laquelle nous venons de faire allusion, que tout le monde paraît d'accord pour reconnaître qu'un presbytère[2] ne saurait faire partie du domaine public de la commune. Un palais épiscopal est à l'État, propriétaire de cette classe d'édifices[3], ce que le presbytère est à la commune; puisqu'on est d'accord pour exclure le presbytère du domaine public communal, on doit être d'accord pour exclure le palais épiscopal du domaine public national, et par suite pour le classer dans le domaine de l'État. Or nul ne peut douter que pour doter une cathédrale ou une métropole d'un palais épiscopal ou archiépiscopal, on ne puisse recourir à l'expropriation; de même pour doter une paroisse d'un presbytère; la destination de l'édifice présente incontestablement le caractère d'utilité publique exigé par la loi, quoique l'immeuble n'entre pas dans le domaine public.

249. La jurisprudence du Conseil d'État nous offre un exemple d'une autre nature. Il est relatif aux établissements d'eaux minérales et se place à la date du 23 septembre 1810

[1] *Des édifices publics d'après la législation civile, administrative et criminelle*, ou *Du classement domanial des édifices affectés à un service public national, départemental ou communal.* — V. notamment, page 29, l'arrêt de la Cour de Paris du 18 février 1854.

[2] V. même ouvrage, page 65.

[3] Nous avons rapporté dans notre *Cours de droit administratif* (2e édition, page 561) l'ordonnance royale portant déclaration d'abus du 21 mars 1837, qui rappelle le droit de propriété de l'État sur les palais épiscopaux et archiépiscopaux.

Digitized by Google

(affaire Lizet), à une époque bien antérieure à la loi du 14 juillet 1856 qui permet de déclarer une source d'intérêt public et de lui assigner un périmètre de protection. Or cet arrêt du conseil décide que l'expropriation peut être appliquée à un établissement d'eaux thermales; l'utilité publique de la conservation de ces précieuses eaux par les soins de l'État n'est pas contestable, mais nul auteur, à notre connaissance, n'a songé à soutenir que ces établissements exploités par l'État ou par des compagnies industrielles pussent faire partie du domaine public.

250. Un récent arrêt du Conseil d'État, fournit par voie d'induction, une autre preuve de la vérité que nous cherchons à démontrer, quoiqu'il s'agisse du domaine communal; ce que nous disons ici du domaine de l'État est en effet également vrai du domaine du département et de celui de la commune. Voici cette espèce : Le Conseil de préfecture de la Loire-Inférieure avait déchargé la ville de Nantes de la contribution foncière assise sur le théâtre appartenant à cette ville, en vertu de l'article 105 de la loi du 3 frimaire an VII qui en exempte les établissements non productifs de revenus, affectés à un service public et dont la destination a pour objet l'utilité générale. Le conseil de préfecture s'était fondé sur ce que la ville avait abandonné gratuitement au directeur la jouissance du théâtre et lui avait alloué une subvention de 80,000 francs. Mais le Conseil d'État (décret du 20 juillet 1864) a annulé cette décision, par le motif qu'un théâtre ne peut même pas être considéré comme affecté à un service public. En présence de cette décision du Conseil d'État, conforme du reste à une jurisprudence antérieure, il serait bien impossible de faire admettre le classement des théâtres dans le domaine public, et nous avons montré ailleurs[1] que cette idée était abandonnée; cependant on ne saurait mettre en doute (de récents et éclatants exemples en sont la preuve au sein de la capitale de l'Empire!) qu'une administration puisse être autorisée, pour la construction d'un théâtre, à exproprier des terrains qui ne sont pas pour cela destinés à entrer dans le domaine public.

251. Nous pourrions multiplier ces exemples à l'infini, car on peut certainement recourir à l'expropriation pour acquérir

[1] *Des édifices publics*, n° 174.

Digitized by Google

les terrains nécessaires à l'établissement d'un haras, d'une école de dressage, et encore d'usines telles que forges, fonderies, ateliers de machines, sans que l'on puisse sérieusement songer à classer dans le domaine public, inaliénable et imprescriptible, ces nombreux établissements ainsi que toutes leurs dépendances, qui en constituent des accessoires indispensables, participant avec eux de la même nature légale [1].

Nous terminerons cette démonstration en empruntant à des ordres d'idées différents deux exemples qui ne présentent pas le même degré de certitude que les précédents, mais qui en raison des circonstances particulières de chaque espèce demandent une mention particulière : l'un est emprunté à la législation spéciale aux halles et marchés; l'autre concerne certaines dépendances des chemins de fer.

252. La loi des 15-28 mars 1790, article 19 [2], constate ce fait que dans un très-grand nombre de communes les halles et bâtiments servant aux marchés étaient à cette époque des propriétés privées aux mains des particuliers quoique servant, à des conditions déterminées, à l'usage des habitants. Cette situation, qui tend chaque jour à disparaître, subsiste cependant encore dans de nombreuses localités. Il est bien certain que ces halles et marchés, livrés qu'ils soient à l'usage du public, ne font pas partie du domaine public de la commune, puisqu'ils appartiennent à des particuliers, que la loi citée oblige seulement à vendre ou à louer leur immeuble à la commune, suivant un prix fixé à l'amiable ou par l'autorité compétente.

D'après un avis du Conseil d'État du 20 juillet 1836, au cas d'option pour la location, c'est le conseil de préfecture qui,

[1] *Des édifices publics*, nos 31, 113 et 177.

[2] Cette disposition est ainsi conçue :

« Les droits connus sous le nom de coutume, halage, havage, cohue, et « généralement tous ceux qui étaient perçus en nature ou en argent, à « raison de l'apport ou du dépôt des grains, viandes, bestiaux, poissons et « autres denrées et marchandises, dans les foires, marchés, places ou halles, « de quelque nature qu'ils soient, ainsi que les droits qui en seraient « représentatifs, sont aussi supprimés sans indemnité; *mais les bâtiments « et halles continueront d'appartenir à leurs propriétaires, sauf à eux à « s'arranger à l'amiable, soit pour le loyer, soit pour l'aliénation, avec les « municipalités des lieux; et les difficultés qui pourraient s'élever à ce « sujet seront soumises à l'arbitrage des assemblées administratives.* »

Digitized by Google

à défaut d'accord entre les parties, doit fixer le prix du bail après expertise; au cas d'option pour la vente, c'est au jury, conformément à la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, qu'appartient en cas de difficulté la fixation du prix. On considère que sous ce dernier rapport, et dans cette hypothèse, la loi de 1790 a été modifiée par la loi du 8 mars 1810[1] sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, et par conséquent aussi par les lois ultérieures qui sont venues la régler. Non-seulement le jury dans ce cas fixe le prix, mais encore il faut, d'après la même décision du Conseil d'État, un jugement du tribunal qui prononce l'expropriation.

Voilà une expropriation pour cause d'utilité publique, et cependant on n'admettra pas facilement que du jour au lendemain ces constructions, aliénables et prescriptibles hier entre les mains de simples citoyens propriétaires, puissent aujourd'hui, sans subir de changement dans leur état matériel, sans subir de changement dans la destination de halles ou marchés qu'elles recevaient depuis un temps immémorial, devenir domaine public inaliénable et imprescriptible, grâce à l'expropriation. Ces constructions font tout simplement partie du domaine privé de la commune; l'expropriation opère un déplacement de propriété des particuliers à la commune, mais n'engendre ni la domanialité publique ni ses priviléges. Ils sont toujours *susceptibles de propriété privée*, puisqu'ils formaient, avant l'expropriation, *une propriété privée*, grevée il est vrai d'une servitude légale particulière, mais n'en appartenant pas moins à de simples particuliers et possédant le même état matériel avec la même destination.

253. Nous avons, avec l'unanimité des auteurs et la jurisprudence[2], classé dans le domaine public tous les chemins de fer construits ou concédés par l'État, que l'article 1er de la

[1] Conseil d'État, 22 février 1821, héritiers de Bacqueville *C.* commune de Bacqueville.

[2] Jugement du tribunal civil de la Seine du 28 juillet 1850, chemin de fer de Sceaux (Dev., 1850, 2, 599); arrêt du Conseil d'État du 8 février 1851, chemin de fer du Centre (Lebon, 1851, page 100; V. la note et les remarquables conclusions de M. Reverchon, commissaire du gouvernement); arrêt de la Cour de Douai du 9 mars 1857 (Dev., 1857, 2, 577); arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 1861, Mancel *C.* l'administration de l'enregistrement (Sirey Devilleneuve, 1861, 1, 888).

Digitized by Google

loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer, soumet au régime de la grande voirie. Nous avons aussi posé le principe que toutes les constructions quelconques, qui font corps avec une dépendance du domaine public et en forment un accessoire, appartiennent elles-mêmes au domaine public comme la chose principale à laquelle elles accèdent[1]. Il résulte de ce principe, en ce qui concerne les chemins de fer, que les gares de voyageurs et des marchandises avec leurs cours, les quais couverts ou découverts d'embarquement et de débarquement, les voies de garage et de services divers, dépendances nécessaires des voies ferrées, en font partie intégrante et appartiennent comme elles au domaine public.

Mais faut-il appliquer la même solution aux ateliers d'ajustage, de forges, de bourrelerie ou autres annexés aux gares de chemins de fer? Nous hésitons à aller jusque-là. On objectera sans doute que l'exploitation d'une ligne de fer exige l'installation de ces ateliers parmi les dépendances mêmes du chemin, au sein desquelles il est impossible de faire cette distinction. Mais nous ne trouvons plus là l'usage public qui forme l'un des caractères de la domanialité publique; il est vrai de dire, avec un récent arrêté du conseil de préfecture du département du Rhône[2], que « le public n'est admis dans aucune de leurs « parties, et qu'il n'y a, par conséquent, aucune assimilation « à faire entre les cours desdits ateliers et celles des gares « qui sont livrées au public. » Il est vrai de dire encore avec

[1] Notre traité *des Édifices publics*, pages 72 et 73.

[2] Arrêté du 1er avril 1864 (comp. du chemin de Paris-Lyon-Méditerranée), rapporté dans le numéro de mai 1864, page 77, du journal *le Conseiller de préfecture*, excellente publication, qu'a fait naître la publicité donnée aux audiences des conseils de préfecture, par le décret du 30 novembre 1862, et à laquelle va donner une importance plus grande la nouvelle loi qui doit bientôt compléter l'organisation de ces conseils. — V. aussi dans ce journal (1864, p. 45 et 92) le rapport présenté dans cette affaire par M. Salvador, doyen du conseil de préfecture du Rhône. Nous n'avons pas à nous occuper ici des questions de contributions qu'avait à juger ce conseil de préfecture, et sur lesquelles le Conseil d'État paraît être appelé à se prononcer prochainement, mais sans se confondre avec la question de domanialité que nous soulevons ici, elles présentent avec elle une assez étroite affinité. — V. arrêt du Conseil d'État du 27 août 1857 (Lebon, p. 702), décidant qu'un terrain non clos, disposé en avenue, qui fait partie des dépendances d'une station de chemin de fer, et par lequel le public arrive à la cour de la gare des marchandises de cette station n'est pas une voie publique.

Digitized by Google

ce même arrêté que « la compagnie jouit seule et dans son « intérêt personnel de ces ateliers. » Ce sont des établissements industriels annexés pour la convenance de l'exploitation et des compagnies aux gares de chemins de fer, mais qui n'ont pas la même destination, et doivent, comme l'outillage qui s'y trouve et le matériel qui s'y fabrique, rester sous l'empire du droit commun, sans pouvoir aspirer aux priviléges de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité.

Cependant il est certain que ces terrains peuvent être acquis par voie d'expropriation; c'est ce qui a lieu sur toutes les lignes de fer pour l'établissement de ces ateliers; et l'expropriation est justifiée par l'incontestable caractère d'utilité publique que présente leur construction dans le voisinage des gares, sans qu'il soit nécessaire pour cela de les attribuer au domaine public.

254. Nous venons de voir que dans des cas certainement très-nombreux (même en ne tirant de ceux qui sont l'objet de controverse aucune conséquence en faveur de cette démonstration[1]) l'expropriation pour cause d'utilité publique n'a pas pour but de créer une dépendance du domaine public. Dans tous ces cas, les terrains expropriés ne doivent pas entrer, même après l'achèvement des travaux, dans le domaine public; leur destination présente un caractère d'utilité publique, mais elle les laisse en dehors de la domanialité publique.

Ce n'est là, du reste, que la première partie de la réfutation, par nous entreprise, de l'idée fausse d'après laquelle l'expropriation aurait pour effet de faire passer un immeuble dans le domaine public.

Il faut ajouter, et c'est la seconde partie de cette réfutation, (c'est aussi celle qui intéresse le droit de préemption), que même lorsque l'expropriation est poursuivie et prononcée dans le but d'ajouter une dépendance au domaine public, cet effet n'est pas produit *ipso jure*, ni par le jugement d'expropriation, ni même par la prise de possession; les terrains ainsi acquis ne font partie du domaine public qu'après l'achèvement des travaux et au moment où ils reçoivent la destination publique, à laquelle sont attachés la domanialité publique et ses priviléges d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité.

[1] V. aussi ci-dessous, n° 262, l'espèce si concluante du § 2 de l'article 53 de la loi du 16 septembre 1807.

Digitized by Google

Ainsi lorsque des terrains ont été acquis par expropriation pour la construction d'une route impériale ou de toute autre dépendance incontestée du domaine public, nous ne saurions admettre que ces terrains fassent partie du domaine public, deviennent inaliénables et imprescriptibles, avant l'ouverture de la route impériale, ou s'il s'agit d'un redressement avant qu'il ne soit livré à la circulation.

Ce ne sont pas, en effet, les parcelles destinées à faire les routes impériales que l'article 538 du Code Napoléon place dans le domaine public; ce sont les routes impériales. Or la route impériale n'existe comme telle, ni en vertu du décret impérial qui ordonne son ouverture et la déclare d'utilité publique, ni en vertu de l'arrêté de cessibilité par lequel le préfet désigne les terrains nécessaires au tracé de la route, car ces terrains sont encore, après comme avant ce décret et cet arrêté, des propriétés privées.

La route impériale n'existe pas davantage en vertu des jugements qui, dans chaque arrondissement qu'elle doit traverser, viennent prononcer l'expropriation des terrains désignés; ces jugements opèrent un transfert de propriété; ils rendent l'État propriétaire de ces terrains et le mettent à même d'y construire la route; mais la route, qui seule fera partie du domaine public, cette route est encore à faire. La prise de possession après le règlement, le payement de l'indemnité, le commencement des travaux ne pouvant non plus servir de point de départ à la domanialité publique, la route n'existera que lorsqu'elle sera achevée et qu'elle recevra la destination à laquelle l'article 538 du Code Napoléon a attaché la domanialité publique. Si la route n'est ouverte à la circulation que successivement et par sections, ces sections ne deviendront domaine public, inaliénables et imprescriptibles, qu'au fur et à mesure de leur ouverture.

255. De même lorsque des compagnies de chemin de fer, dans la prévision d'agrandissements futurs ou dans un intérêt de convenance, acquièrent des terrains d'une grande valeur non affectés encore à leur exploitation, nous pensons que ces terrains ne deviennent inaliénables et imprescriptibles, ne font partie du domaine public que lorsqu'ils reçoivent une destination publique.

256. En résumé et telle est la véritable théorie de la loi du

Digitized by Google

3 mai 1841 : l'expropriation est prononcée et poursuivie pour cause d'utilité publique, et l'utilité publique est complétement indépendante de la domanialité publique; le jugement d'expropriation ou l'acte de cession amiable rendent l'État propriétaire (nous ne parlons pas des expropriations départementales et communales); mais c'est dans le domaine de l'État qu'entrent les immeubles ainsi acquis; tantôt ils doivent y rester en raison de leur destination, qui n'en conserve pas moins son caractère d'utilité publique, tantôt ils doivent en sortir pour faire partie du domaine public; mais ils n'entrent dans ce dernier domaine, ils ne deviennent inaliénables et imprescriptibles, que lorsqu'ils ont reçu leur destination définitive.

257. Si l'on admettait la théorie contraire, il faudrait dire que l'exercice du *droit de préemption* fait sortir du domaine public, inaliénable et imprescriptible, un immeuble qui en faisait partie depuis le jugement d'expropriation ou l'acte de cession volontaire. Mais il n'en saurait être ainsi.

Par le jugement d'expropriation ou l'acte de cession, l'immeuble était entré dans le domaine privé de l'État; puis lorsque plus tard, cet immeuble ne recevant pas la destination pour laquelle la déclaration d'utilité publique avait été prononcée, et la condition légale de sa dépossession ne s'étant pas réalisée, l'ancien propriétaire vient exercer le droit de préemption, l'immeuble sort du domaine de l'État pour rentrer dans la propriété privée; mais à aucun moment il n'a fait partie du domaine public.

C'est donc bien un cas d'aliénation du domaine de l'État, aliénation par voie de concession forcée et sans intervention de la législature, que régissent les articles 60 et suivants de la loi du 3 mars 1841, et que maintient la loi du 1er juin 1864.

258. Il y a plus : si les terrains étaient une fois entrés dans le domaine public, ils ne pourraient plus être repris par droit de préemption. En effet, si les terrains ont reçu pendant un certain temps la destination en vue de laquelle ils avaient été acquis, si la route impériale a été construite et livrée à la circulation, si le chemin de fer a été construit et exploité pendant quelque temps, le délaissement ultérieur de la route, la suppression ultérieure du chemin de fer, ne donneraient pas

Digitized by Google

ouverture au droit de préemption [1], quoique les terrains sortent alors du domaine public pour redevenir susceptibles de propriété privée.

259. L'article 60 en autorisant non-seulement les anciens propriétaires, mais aussi leurs *ayants droit*, à exercer le droit de préemption, a voulu désigner par ces mots leurs héritiers, légataires ou acquéreurs. Mais en ce qui concerne ces derniers, une double difficulté peut se présenter ; l'ancien propriétaire peut prétendre qu'en aliénant postérieurement à l'expropriation la partie restante de son immeuble, il n'a pas renoncé à son droit à la reprise des parcelles à lui précédemment enlevées pour cause d'utilité publique : dans ce cas trois questions peuvent être soulevées.

1° L'ancien propriétaire qui a aliéné les portions restantes de l'immeuble acquis partiellement pour cause d'utilité publique, peut-il, par rapport à l'État, exercer le droit de préemption, nonobstant l'aliénation par lui faite ! Nous ne saurions en douter. Cette aliénation est un fait étranger à la partie expropriante ; l'État est dans l'obligation de rétrocéder l'immeuble à son ancien propriétaire ; il ne pourrait lui opposer qu'un acte de renonciation, et l'on ne peut voir dans l'aliénation d'une parcelle d'immeuble la renonciation au droit d'en recouvrer une autre parcelle, alors que déjà l'expropriation les avait divisées et placées en des mains différentes. La situation entre l'exproprié et l'État doit être absolument la même, lorsque l'acquisition pour cause d'utilité publique a porté sur tout ou sur partie d'un immeuble, et cela ne serait pas si, au cas d'acquisition partielle, l'exproprié ne pouvait exercer le droit de préemption qu'à la condition d'être encore propriétaire du surplus de l'immeuble ; ce serait dans ce cas ajouter à la loi une condition qui ne s'y trouve pas et qui n'a pas de raison d'être.

2° L'ancien propriétaire, en vendant la parcelle restante, a prévu l'éventualité de l'ouverture du droit de préemption pour la portion de cet immeuble qui lui a été enlevée pour cause d'utilité publique, et il stipule à ce sujet dans son acte d'aliénation, ou qu'il cède ce droit, ou qu'il se le réserve.

[1] Lyon, arrêt du 20 août 1857, l'État *C.* Domon ; Dalloz, 57, 2, 219 ; *Journal du Palais*, 58, 845 ; Devilleneuve, 57, 2, 736.

Digitized by Google

Le contrat devra recevoir son exécution, et l'administration n'aurait aucune objection à faire contre l'acquéreur cessionnaire, car il est incontestablement un *ayant droit* de l'ancien propriétaire. Si des difficultés s'élevaient sur l'interprétation ou l'exécution de cette convention, elle serait évidemment de la compétence des tribunaux civils.

3° Le contrat garde le silence sur cette éventualité du droit de préemption à exercer, et l'ancien propriétaire ainsi que l'acquéreur prétendent l'exercer l'un et l'autre?

Disons d'abord que ni l'administration expropriante ni même les tribunaux administratifs ne peuvent être juges de cette question, et doivent laisser les parties faire désigner par les tribunaux judiciaires celui d'entre eux auquel appartient l'exercice du droit de préemption [1].

Mais, au fond, nous n'hésitons pas à croire que, dans le silence du contrat, l'ancien propriétaire doit l'emporter; décider autrement serait ajouter à la convention qui fait la loi des parties, ce serait mettre dans la vente plus que n'y ont mis les parties elles-mêmes. Pour se prononcer en faveur de l'acquéreur, il faudrait dire que l'article 60 de la loi du 3 mai 1841 a attaché l'exercice du droit de préemption à la possession de la partie non acquise pour cause d'utilité publique de l'immeuble; or l'article 60 ne contient rien de pareil, puisque sa disposition s'applique indistinctement au cas d'expropriation totale et partielle. D'ailleurs la loi n'a eu qu'un but en ouvrant le droit de reprise pour cause d'inexécution des travaux, c'est de restituer au droit de propriété ce qui lui a été enlevé à tort dans un but d'utilité publique non réalisé; c'est dans la personne de l'ancien propriétaire que le droit de propriété a été indûment frappé, c'est à lui seul qu'appartient la réparation; pour que, lui vivant, un autre vienne exercer ce droit à la reprise de son ancien immeuble, il faut qu'il l'ait formellement transmis à cet autre, qui seulement alors sera son ayant droit [2].

Mais de même que nous admettons la cession ou subrogation dans le contrat d'aliénation, de même nous l'admettons dans un acte ultérieur, quelle que soit l'époque de sa réalisation. C'est

[1] Arrêt du Conseil d'État du 1er avril 1840.

[2] V., en sens contraire, M. Daffry de la Monnoie, *Les lois de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, p. 454. — V. une instruction domaniale du 30 décembre 1859.

Digitized by Google

affaire à régler entre les parties ou judiciairement; l'administration doit simplement opérer la remise à qui de droit.

260. Les formes de ce contrat de rétrocession sont déterminées par une ordonnance royale du 22 mars 1835[1], toujours en vigueur, rendue pour régler le mode d'application des articles 60, 61 et 62 de la loi du 7 juillet 1833, transportés, comme nous l'avons déjà dit, sous les numéros correspondants de la loi du 3 mai 1841.

En cas de déchéance du droit de préemption par l'expiration des délais fixés dans l'article 61 pour faire la déclaration de reprise et pour passer le contrat, l'administration des domaines, aux termes de l'article 2 de cette ordonnance, doit procéder à l'aliénation des terrains dans la forme ordinaire des ventes domaniales.

On sort alors de l'exception pour rentrer dans le droit commun de la domanialité. L'hypothèse de la concession autorisée par les textes spéciaux de la loi sur l'expropriation disparaît alors pour faire place à une vente domaniale aux enchères publiques, c'est-à-dire que la loi du 1er juin 1864 reprend alors son empire. L'immeuble, qui était susceptible d'être repris par son ancien propriétaire en vertu du droit de préemption, mais qui ne l'a pas été, soit que celui-ci ne l'ait pas voulu, soit qu'il ait encouru la déchéance, doit être vendu par l'administration des domaines, en vertu d'une loi si par impossible il était d'une valeur supérieure à un million, sans loi s'il a une valeur moindre, ce qui aura lieu presque toujours.

[1] Voici cette ordonnance :

« Art. 1er. Les terrains ou portions de terrains acquis pour des travaux d'utilité publique, et qui n'auraient pas reçu ou ne recevraient pas cette destination, seront remis à l'administration des domaines pour être rétrocédés, s'il y a lieu, aux anciens propriétaires ou à leurs ayants droit, conformément aux articles 60 et 61 de la loi du 7 juillet 1833. — Le contrat de rétrocession sera passé devant le préfet du département ou devant le sous-préfet, sur délégation du préfet, en présence et avec le concours d'un préposé de l'administration des domaines, et d'un agent du ministère pour le compte duquel l'acquisition des terrains avait été faite. — Le prix de la rétrocession sera versé dans les caisses du domaine.

« Art. 2. Si les anciens propriétaires ou leurs ayants droit encourent la déchéance du privilége qui leur est accordé par les articles 60 et 61 de la loi du 7 juillet, les terrains ou portions de terrains seront aliénés dans la forme tracée pour l'aliénation des biens de l'État, à la diligence de l'administration des domaines. »

Digitized by Google

§ 3.

Terrains retranchés de la voie publique par suite d'alignement.

SOMMAIRE.

261. La cession aux riverains des terrains domaniaux retranchés par alignement des routes impériales est autorisée par l'article 53 de la loi du 16 septembre 1807.
262. Droit corrélatif conféré par ce texte à l'administration.
263. Les dispositions de la loi de 1807 relatives à l'alignement sont modifiées par les lois sur l'expropriation pour cause d'utilité publique en ce qui concerne la fixation de l'indemnité par le jury, notamment au cas de cession faite par l'État des terrains retranchés par suite d'alignement et d'indemnité due à l'État.
264. Cette cession s'opère sans intervention législative; non-application de la loi du 1er juin 1864.

261. Lorsqu'il résulte d'un plan général d'alignement qu'un riverain est en retraite de la voie publique, et lorsque cette voie fait partie du domaine public national, comme une route impériale, le terrain libre qui se trouve entre cette propriété privée et la route forme une propriété domaniale que l'État peut aliéner.

Le § 1er de l'article 53 [1] de la même loi du 16 septembre 1807 (dont nous avons commenté ci-dessus l'article 41), dispose que dans ce cas le propriétaire riverain peut acquérir ce terrain vacant à l'effet de s'avancer sur la voie publique.

C'est encore une sorte de droit de préemption que ce texte ouvre au profit de personnes déterminées, les propriétaires riverains. Mais cette espèce présente cette circonstance particulière que l'État ne peut aliéner à nul autre ce terrain retranché

[1] Voici le texte entier de cet article :

« Au cas où, par les alignements arrêtés, un propriétaire pourrait recevoir « la faculté de s'avancer sur la voie publique, il sera tenu de payer la valeur « du terrain qui lui sera cédé. Dans la fixation de cette valeur les experts « auront égard à ce que le plus ou le moins de profondeur du terrain « cédé, la nature de la propriété, le reculement du reste du terrain bâti ou « non bâti loin de la nouvelle voie, peut ajouter ou diminuer de valeur « relative pour le propriétaire. — Au cas où le propriétaire ne voudrait point « acquérir, l'administration publique est autorisée à le déposséder de l'en- « semble de sa propriété, en lui payant la valeur telle qu'elle était avant « l'entreprise des travaux. — La cession et la revente seront faites comme « il a été dit à l'article 51 ci-dessus. »

Digitized by Google

de la voie publique par suite d'alignement. L'État est autorisé à céder ces terrains aux riverains, à chacun au droit de son héritage; mais il ne peut en faire concession à nul autre, ni les mettre en vente par adjudication publique. C'est ce qui résulte du contexte de l'article 53.

262. Un seul droit appartient à l'État et forme la contre-partie du privilége accordé aux riverains. Si le propriétaire, que l'arrêté d'alignement oblige à avancer, se refuse à acquérir le terrain qui le sépare de la voie publique, l'administration est autorisée à requérir contre lui un jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique, qui le dépossède de l'ensemble de sa propriété.

Cette éventualité offre un exemple frappant de la vérité que nous avons ci-dessus établie (nos 245 à 254); on y voit l'expropriation pour cause d'utilité publique appliquée à un immeuble, qui, loin d'être destiné à entrer dans le domaine public, est acquis non-seulement pour le compte de l'État et pour son domaine privé, mais encore dans le but d'être revendu par lui en y adjoignant le terrain que l'alignement a retranché de la voie publique.

Il en serait de même du département, s'il s'agissait de terrains retranchés par alignement de routes départementales; de la commune, s'il s'agissait de terrains retranchés de rues, places ou chemins vicinaux.

263. Les dispositions de la loi de 1807, relatives aux alignements, et notamment celles de l'article 53, n'ont pas cessé d'être en vigueur, même depuis les lois de 1810, 1833 et 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, moins celles relatives au règlement de l'indemnité.

La compétence sous ce rapport, d'administrative qu'elle était d'après la loi de 1807, est devenue judiciaire; elle a passé du conseil de préfecture au jury, en cas de désaccord entre l'administration et les parties. Il en est ainsi même dans le cas qui nous occupe, c'est-à-dire dans l'hypothèse de concession domaniale autorisée par le § 1er de l'article 53, lorsque l'indemnité à fixer est due à l'État et n'est autre chose que le prix des terrains concédés.

C'est ce que porte en termes formels un avis du Conseil d'État du 1er avril 1841, dans lequel on lit ce qui suit : « Toutes « les fois qu'un alignement donné par l'autorité compétente

Digitized by Google

« sur la voie publique, autre qu'un chemin vicinal[1], force un « propriétaire à reculer ses constructions *ou à s'avancer sur la « voie publique*, l'indemnité qui lui est due dans le premier « cas *et dont il est débiteur dans le second*, doit être réglée, en « cas de contestation, par le jury[2]. »

264. La loi du 1er juin 1864 laisse subsister sans changement toute cette partie de la législation.

Il s'agit, non de vente domaniale, mais de concession à une personne déterminée, et l'administration des domaines est investie du droit de l'effectuer sans autorisation législative par l'article 53 de la loi du 16 septembre 1807; il en serait ainsi alors même (ce qui est peu vraisemblable!) que le terrain retranché dépasserait en valeur estimative le chiffre de un million.

L'espèce d'aliénation dont il s'agit ici est en dehors de la sphère d'application de la loi du 1er juin 1864; elle est du reste formulée dans un texte de loi spéciale, maintenu à ce titre par la loi du 1er juin et désigné comme tel dans le rapport de la commission. TH. DUCROCQ.

(*La fin à une autre livraison.*)

[1] En raison de l'article 15 de la loi du 21 mai 1836, sur les chemins vicinaux, ainsi conçu :

« Les arrêtés du préfet portant reconnaissance et fixation *de la largeur « d'un chemin vicinal* attribuent définitivement au chemin le sol compris « dans les limites qu'ils déterminent. Le droit des propriétaires riverains se « résout en une indemnité, qui sera réglée à l'amiable ou par le juge de « paix du canton, sur le rapport d'experts nommés conformément à l'ar- « ticle 17. »

Il faut observer que ce texte vient de subir une modification résultant de l'article 2 de la loi du 8 juin 1864, relative aux rues formant le prolongement des chemins vicinaux; cet article 2 dispose que « lorsque l'occupation de terrains bâtis est jugée nécessaire pour l'ouverture, le redressement ou *l'élargissement* d'un chemin vicinal, l'expropriation a lieu conformément aux dispositions de la loi du 3 mai 1841, combinées avec celles des cinq derniers paragraphes de l'article 16 de la loi du 21 mai 1836. »

C'est-à-dire qu'en vertu de cette loi du 8 juin 1864, le jury (celui de la loi de 1836, composé de quatre jurés au lieu de douze) est également investi du droit de fixer les indemnités dues en matière d'alignement des chemins vicinaux lorsqu'il s'agit de terrains bâtis.

[2] *Sic*, Conseil d'État, arrêt du 27 janvier 1853. V. aussi arrêts du Conseil, 30 mars 1846, 5 février 1857, 14 décembre 1857; Cour de cassation, 21 février 1849 (Dallos, 1849, 1, 138; Sirey-Devilleneuve, 1849, 1, 279; *Journal du Palais*, 1849, 1, 146).

Digitized by Google

RAPPORT DE M. CHARLES LUCAS,

Membre de l'Institut,

SUR LA STATISTIQUE DES ÉTABLISSEMENTS PÉNITENTIAIRES;

Par M. DUPUY,
directeur de ces établissements au ministère de l'intérieur.

Compte rendu et analyse
par M. HELLO, inspecteur général honoraire des prisons.

L'Académie des sciences morales et politiques avait chargé l'un de ses membres, M. Charles Lucas, de lui rendre compte de la statistique des prisons et établissements pénitentiaires pour 1862, publiée par M. Dupuy, directeur de l'administration de ces établissements au ministère de l'intérieur, et de tracer l'exposé du mouvement progressif de la réforme pénitentiaire en France depuis 1830 jusqu'à ce jour.

M. Charles Lucas a soumis à l'Académie, dans la séance du 10 décembre, son rapport sur la statistique des prisons, en annonçant que l'exposé du mouvement progressif de la réforme pénitentiaire serait l'objet d'un travail séparé et d'une communication ultérieure.

Si la question pénitentiaire était reléguée dans la sphère des études purement spéculatives, elle serait digne des plus sérieuses méditations du philosophe et du moraliste; mais elle a une bien autre portée. L'influence que les mœurs exercent sur les lois opère du jour au jour une double transformation dans l'économie des Codes pénaux : d'une part la peine l'emprisonnement tend à envahir et à absorber toutes les autres, et d'autre part l'emprisonnement devient une peine purement temporaire, et les changements successivement apportés dans les législations pénales viennent en abréger de plus en plus la durée. La liberté du malfaiteur est donc seulement suspendue pendant un certain temps, au bout duquel on le rend à la société sur la présomption qu'il a été corrigé par l'emprisonnement pénitentiaire, et ne présente plus le péril de la récidive. Cette présomption est la garantie de l'ordre moral et social.

Digitized by Google

La réforme pénitentiaire doit faire de cette présomption une vérité.

Il n'est donc pas de réforme plus importante et plus urgente, mais aussi de plus difficile à réaliser. Il faut qu'elle devienne l'objet des sérieuses études des esprits d'élite, et la constante préoccupation des hommes d'État, car c'est l'indispensable besoin de notre situation, le devoir de notre époque, et ce doit être l'honneur de notre civilisation.

Nous voyons avec plaisir que ce rapport de M. Lucas sur la statistique des établissements pénitenciers sera prochainement suivi d'un travail beaucoup plus important encore, où il exposera le mouvement progressif de la réforme en France depuis 1830 jusqu'à ce jour. C'est une lacune qu'il était urgent de remplir.

La France, dont le génie civilisateur prend presque toujours en Europe l'initiative des idées nouvelles, n'a pas fait défaut à sa mission en matière pénitentiaire. C'est elle qui a donné l'impulsion des principes et des études[1] théoriques de la réforme pénitentiaire, et dans la sphère des applications pratiques aucune administration n'a pris en Europe une plus large part que celle de notre pays aux résultats obtenus.

Il n'y a rien de comparable chez les peuples étrangers à cette organisation de colonies pénitentiaires publiques et privées pour les jeunes détenus des deux sexes répartis sur toute la surface de l'Empire, rien de comparable encore à l'introduction du travail agricole pour toutes les catégories de détenus, comme aussi à cette institution du transport cellulaire, qui ne sauvegarde pas seulement l'intérêt moral des détenus transportés,

[1] C'est ce qu'attestent les ouvrages des publicistes français, parmi lesquels nous citerons le *Système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis*, de M. Charles Lucas, auquel l'Académie française décernait, en 1828, le grand prix Montyon; le *Système pénitentiaire aux États-Unis*, en 1833, par MM. Gustave de Beaumont et de Tocqueville; la *Réforme des prisons*, par M. Léon Faucher, en 1838; le *Manuel des prisons*, de M. Grellet Vammy, en 1839; la *Répression pénale, ses formes et ses effets*, par M. Bérenger (de la Drôme), président à la Cour de cassation en 1852; et enfin et surtout la *Théorie de l'emprisonnement*, de M. Charles Lucas, publiée en 1836, qui valut à son auteur, la même année, son entrée à l'Institut; ouvrage qui comprend le cadre scientifique des principes, des moyens et des conditions d'application de la réforme pénitentiaire, et dont l'autorité s'accroît chaque jour par le témoignage de l'expérience pratique.

Digitized by Google

mais encore celui de leur famille. Nos maisons centrales de femmes condamnées qui, par le bienfait de l'introduction des sœurs religieuses en remplacement de gardiens, ont mérité d'être appelées par quelques publicistes *des couvents pénitentiaires*, parce qu'en effet elles ont pris le régime intérieur et la physionomie austère du couvent, ont été imitées par plusieurs pays, mais surpassées par aucun.

Ce sont là autant de faits bien remarquables, mais trop peu remarqués, parce qu'ils sont peu connus, et moins encore peut-être de la France que de l'étranger. La faute en est à l'excessive modestie de l'administration française, qui néglige trop de livrer à la publicité les améliorations qu'elle entreprend et qu'elle réussit souvent à mener à bonne fin.

C'est sous ce rapport que de tous les services qui ont pu signaler la longue carrière administrative de M. Lucas il n'en est pas de plus grand que celui que doit rendre à l'administration de l'intérieur l'exposé des améliorations progressives qu'elle a réalisées depuis 1830 jusqu'à ce jour.

Nous regrettons que le défaut d'espace ne permette pas d'insérer en entier ce rapport sur la statistique des établissements pénitentiaires, mais nous en donnons du moins une analyse fort étendue qui fera connaître les considérations principales qui y sont développées et les résultats les plus importants qui s'y trouvent constatés.

Pour caractériser l'importance et l'utilité d'une statistique des prisons, dit M. Lucas, qu'il me soit permis de reproduire ici les considérations que je développais dans un rapport adressé en 1836 à un ministre qui a laissé un nom aussi honoré dans la science que dans l'administration, M. le comte de Gasparin :

« La méthode d'observation est aujourd'hui une condition aussi « essentielle pour les sciences morales que pour les sciences phy- « siques ; ces dernières ont leur laboratoire sous la main ; elles peu- « vent produire les faits qu'elles ont besoin d'observer en dehors de « ceux que leur fournissent les phénomènes du monde extérieur. Si la « dépense parfois trop élevée oblige de recourir aux subventions « de l'État, ce n'est là qu'une question financière qui se résout par « le budget.

« Mais il en est autrement des sciences morales ; c'est au sein de « l'administration de l'Etat que se produisent en partie les faits « qu'elles ont besoin de recueillir et d'observer.

« Si donc l'administration néglige la recherche et la publication « de ces faits, elle entrave les études des sciences morales et en « paralyse le développement progressif. Ainsi, par exemple, si l'ad- « ministration omettait de recueillir avec soin et publier avec régu- « larité le mouvement des exportations et des importations, com-

Digitized by Google

« ment la science économique pourrait-elle poursuivre l'étude des « principes qui se rattachent sous ce rapport aux conditions de la pro- « duction de la richesse publique et de ses échanges ! Ainsi, encore, si « l'administration de la justice criminelle ne publiait pas les comptes « rendus annuels, comment le moraliste pourrait-il étudier le mou- « vement de la criminalité dans ses causes et dans ses effets? A ce « point de vue n'y a-t-il pas une regrettable lacune à remplir au « ministère de l'intérieur, où l'administration des prisons et établis- « sements pénitentiaires néglige de suivre l'exemple de plusieurs « pays étrangers qui publient annuellement le compte rendu des « faits et des chiffres pouvant intéresser le régime intérieur de ces « établissements?

« Lorsque les publicistes se préoccupent si vivement en ce mo- « ment des moyens et des conditions de la réforme pénitentiaire, « comment veut-on qu'ils ne tombent pas dans les exagérations de « l'esprit systématique, s'ils ne peuvent s'éclairer des lumières de « l'observation pratique?

« Il y a donc pour l'administration un devoir de recherches à « faire et à publier qu'elle doit remplir envers la science et qui lui « devient profitable à elle-même, car si elle sert la science par les « faits qu'elle livre à ses investigations, la science, à son tour, « par les principes qu'elle déduit des faits observés, concourt « puissamment à éclairer l'administration dans ses applications « pratiques. »

La nécessité d'une statistique annuelle des prisons et établissements pénitentiaires fut bien comprise et appréciée par M. de Gasparin, mais il pensa, avec raison, qu'il fallait lui donner pour point de départ un exposé de la situation des prisons du royaume, et c'est dans ce but que fut publié le remarquable rapport au roi de février 1837.

M. Lucas fait toutefois observer que ce ne fut qu'en 1852 que parut la première statistique des prisons et établissements pénitentiaires de l'Empire, rédigée par M. Louis Perrot, directeur de l'administration de ces établissements, qui a joint au mérite de l'initiative celui d'une continuation intelligente et régulière de cette publication annuelle jusqu'en 1861.

La statistique de 1862, dit M. Lucas, dont nous venons rendre compte à l'Académie, forme un assez gros volume qui révèle immédiatement l'extension donnée à ce document.

L'importance s'en est notablement accrue, en effet, par de nouveaux tableaux statistiques, et surtout par un remarquable rapport et fort étendu dans lequel M. Dupuy, directeur des prisons et établissements pénitentiaires, s'est heureusement inspiré du double point de vue qui devait faire tourner à la fois cette utile publication au profit des études de la science et des applications pratiques de l'administration. On sait que suivant la tradition des années précédentes, ce n'est pas un rapport du ministre à l'Empereur qui précède cette statistique, mais un rapport adressé au ministère par le directeur de l'administration des prisons. C'est une sage circonspection de la part du ministre de l'intérieur de ne pas vouloir paraître réclamer pour la statistique des prisons une importance égale à celle du compte rendu de la justice criminelle. C'est aussi un procédé généreux de la part d'un ministre de savoir à propos laisser un chef de service exposer lui-même un travail de longue haleine élaboré par ses soins. Un ministre habile ne saurait qu'y gagner, car la

Digitized by Google

réserve qu'il est obligé de garder en parlant lui-même des actes de son administration n'est plus imposée à celui qui en rend compte, et qui peut ainsi donner plus de liberté à ses appréciations.

Il ne faudrait pas se méprendre, du reste, sur l'objet de cette statistique des prisons et établissements pénitentiaires, qui est très-différent de celui que se propose le compte rendu de la justice criminelle.

Ce qu'on doit demander à la statistique des prisons, c'est le relevé des chiffres et des faits propres à constater leur régime intérieur et à fournir toutes les indications utiles à l'amélioration progressive de leur discipline préventive, répressive et pénitentiaire. Mais le moraliste, qui veut suivre dans ses causes et dans ses effets le mouvement de la criminalité et des récidives, doit chercher les éléments de ses études dans cette remarquable publication des comptes rendus de la justice criminelle qui occupe une place bien méritée dans l'estime du monde savant. Le rapport arrive à l'extension de l'influence que la durée du séjour dans les établissements de détention exerce sur le mouvement de la criminalité.

Le mouvement de l'effectif de la population des prisons n'est pas, dit-il, nécessairement appelé à concorder avec le mouvement de la criminalité. Il peut arriver que le compte rendu de la justice criminelle accuse une diminution dans le nombre des condamnés, et que la statistique des prisons constate au contraire une augmentation dans les journées de détention, parce que la durée des séjours est l'une des principales causes qui influent sur la situation de l'effectif. On conçoit, par exemple, que sous l'empire des modifications apportées au Code pénal par la loi du 13 mai 1863, dont la tendance est d'accroître la durée des condamnations à l'emprisonnement, il en résultera inévitablement une augmentation dans le nombre des détenus, la balance n'étant plus la même entre les entrées et les sorties.

M. Dupuy fait judicieusement remarquer cette influence de la durée des séjours, en constatant que la proportion des récidives s'augmentait en raison de la brièveté de cette durée, tant il est vrai que la discipline pénitentiaire, qui consiste à déraciner de mauvaises habitudes et à en inculquer de meilleures, ne peut avoir d'efficacité qu'avec l'aide du temps. On a lieu surtout de le remarquer dans les établissements de jeunes détenus où la discipline réformatrice échoue complétement dans les séjours à court terme, tandis que, lorsqu'elle peut agir avec un nombre d'années suffisamment prolongé, elle obtient ces remarquables résultats qui sembleraient déjà avoir contribué d'une manière si sensible à ralentir le mouvement de la criminalité parmi les jeunes détenus.

En effet, le nombre de ces jeunes détenus, qui n'avait cessé d'augmenter à partir de 1851, année où il était de 5,600, jusqu'en 1856, où il s'élevait à 9,900, est entré depuis lors dans une période de décroissance qui s'est continuée jusqu'en 1862.

« Toutefois, dit avec raison M. Dupuy dans son rapport au mi-
« nistre, cette diminution est due en partie aux mesures provoquées
« en 1855 par l'un de vos prédécesseurs et prises par M. le ministre
« de la justice, pour que les poursuites relatives aux délits de vaga-
« bondage et de mendicité ne fussent effectives que lorsque la
« question de discernement paraîtrait devoir être résolue affirmati-
« vement. »

Les réclamations de l'autorité municipale, adressées au ministère

Digitized by Google

de l'intérieur de plusieurs points de l'Empire sur l'augmentation des jeunes vagabonds, ont fait regretter à l'administration les mesures provoquées en 1855. Dans quelques départements une impulsion plus active a été imprimée aux poursuites contre les jeunes vagabonds, mais du moment où ces poursuites n'aboutissent qu'à quelques mois d'emprisonnement à subir dans les prisons départementales, elles sont plus regrettables pour les jeunes détenus que l'impunité même. Il faut reconnaître que, sous ce rapport, la France offre un singulier contraste avec ce qui se passe dans la plupart des pays étrangers, où les établissements pénitentiaires pour les jeunes détenus ont surtout pour but avoué de renfermer et corriger les jeunes vagabonds.

Afin de prévenir par la répression du vagabondage la criminalité qui en est l'inévitable conséquence, on n'aperçoit plus aujourd'hui les motifs qui empêcheraient la justice de procéder comme elle le faisait avant 1855, suivant ses appréciations, et de reprendre le libre cours de ses poursuites à l'égard des jeunes vagabonds.

Nous avons, du reste, souvent signalé dans de précédentes communications à l'Académie la haute intelligence avec laquelle la magistrature en France avait saisi l'esprit et le but des établissements des jeunes détenus comme ayant agi sans discernement, en vertu de l'article 66 du Code pénal, et merveilleusement compris qu'il s'agissait moins d'une peine à subir que d'une éducation à faire, et qu'alors il fallait donner à cette éducation régénératrice le temps nécessaire à l'efficacité de sa discipline pénitentiaire.

Après ces considérations qui se recommandent d'une manière spéciale à l'attention de la magistrature, appelé par les horizons nouveaux de la réforme pénitentiaire à voir grandir de jour en jour sa haute mission, le rapport donne l'exposé analytique de la statistique des prisons.

Les tableaux statistiques annexés à ce rapport, dit-il, sont divisés en cinq séries :

La première comprend les maisons centrales de force et de correction et les pénitenciers agricoles de la Corse ;

La deuxième, les établissements d'éducation correctionnelle de jeunes détenus ;

La troisième, les maisons d'arrêt, de justice et de correction du département de la Seine ;

La quatrième, celle des autres départements de l'Empire ;

La cinquième, le compte rendu des dépenses.

M Dupuy, expose successivement les développements et les considérations qui se rattachent à chacune de ces grandes divisions, et il a eu l'heureuse idée d'y ajouter l'indication des modifications apportées aux règlements depuis 1851, d'en constater les causes, d'en apprécier les effets.

Après avoir retracé la destination pénale des maisons centrales de force et de correction, l'accroissement progressif de ces établissements, la fondation des pénitenciers agricoles d'adultes de la Corse, la progression de l'effectif des détenus par période décennale de 1830 à 1860, le rapport numérique de l'effectif à la population libre pour chacune de ces périodes, M. Dupuy arrive à l'examen spécial des faits et des résultats qui se rattachent à la statistique de 1862.

Il expose le mouvement d'entrée et de sortie de la population, les circonscriptions pénales, le contingent relatif de chaque département, l'extension donnée aux transports cellulaires, les avantages financiers

Digitized by Google

et moraux qui en découlent; puis il décompose cette population de condamnés pour y faire pénétrer les recherches et les constatations de la statistique suivant le sexe, l'âge des condamnés, leur origine urbaine ou rurale, leur état civil, mariés ou vivant en dehors du mariage, suivant la religion à laquelle ils appartiennent, le degré d'instruction qu'ils ont reçu, l'absence de profession ou la nature de celle antérieure aux condamnations, enfin suivant le degré des juridictions qui ont prononcé ces condamnations et la nature des crimes ou délits qui les ont motivées.

Alors M. Dupuy franchit avec la statistique le seuil de la maison centrale pour rechercher ce qu'il convient de constater dans son régime intérieur par rapport à l'état physique ou sanitaire des détenus, à leur état intellectuel, professionnel, au produit du travail et à sa répartition entre la part revenant à l'Etat et celle attribuée aux condamnés à titre de pécule disponible pendant le séjour, et de masse de réserve pour la libération, par rapport encore à l'état disciplinaire, c'est-à-dire aux punitions encourues et aux récompenses obtenues;

Par rapport, enfin, au nombre et à la nature des récidives.

Après cette exposition de tout ce qui devait éveiller et déterminer les recherches de la statistique sur les maisons centrales de reclusion et de correction, le rapport s'occupe des établissements d'éducation correctionnelle de jeunes détenus.

Il analyse la législation qui les concerne, indique les améliorations réalisées par la suppression des quartiers de jeunes détenus annexés aux maisons centrales, et constate successivement, avec la statistique, la situation des jeunes détenus d'abord à leur entrée à l'établissement, d'après leur origine départementale, urbaine ou rurale, leur état intellectuel, leur position de famille, leur âge, la religion à laquelle ils appartiennent, l'indication de l'apprentissage professionnel exercé avant le jugement, la nature des crimes ou délits qui ont motivé le jugement.

Le rapport constate ensuite tout ce qui intéresse la position du jeune détenu pendant son séjour à l'établissement pénitentiaire, son état sanitaire, professionnel, intellectuel, moral, religieux, et sa situation disciplinaire par rapport aux punitions encourues et aux récompenses méritées. Enfin le rapport résume à l'époque de la sortie les renseignements qui concernent la situation des jeunes libérés, leur âge, la durée de leur séjour, les secours remis en argent et en vêtement, la profession apprise et la destination qu'ils ont reçue, soit qu'ils aient rejoint leur famille lorsqu'elle présentait les conditions de moralité désirables, soit qu'ils aient été placés chez des particuliers ou confiés à des sociétés de patronage, ou enfin qu'ils se soient engagés dans l'armée de terre ou de mer.

Après cet exposé analytique de la statistique, relativement aux maisons centrales de reclusion et de correction et aux établissements pénitentiaires des détenus, M. Lucas arrive aux prisons départementales comprises sous les désignations légales de maisons d'arrêt, de justice et de correction. Il entre dans les explications suivantes pour justifier la nécessité où s'est trouvée la statistique des prisons départementales de consacrer une division spéciale à celles du département de la Seine.

Le département de la Seine, dit-il, prend une part si disproportionnée à la fois dans le mouvement de la criminalité de la France et dans le budget des dépenses des prisons, qu'il a fallu nécessaire-

Digitized by Google

ment lui faire sa place séparée dans la statistique des prisons départementales.

Sur 22,484 détenus qui composaient, au 31 décembre 1862, la population des prisons de tous les départements de l'Empire, y compris celui de la Seine, ce dernier figure pour 4,953, c'est-à-dire pour le cinquième. Sur la dépense totale des prisons départementales de 7,306,332 fr. 93 c., celle des prisons de la Seine s'élève à 1,882,994 fr. 2 c., c'est-à-dire à près du quart de cette dépense totale. D'un autre côté, il est vrai de dire que les prisons de la Seine entrent pour moitié dans le produit total des travaux industriels des prisons de l'Empire, soit 965,335 francs, sur 1,943,195 fr. 62 c.; mais ces prisons de la Seine, si favorisées au point de vue du travail, sont loin de l'être au point de vue sanitaire.

La proportion des décès a été de 8.71 p. 0/0 en 1862, tandis qu'elle n'était que de 2 p. 0/0 dans les autres départements de l'Empire, proportion inférieure à celle de la mortalité de la population libre adulte qui est de 2.44 p. 0/0.

M. Dupuy a judicieusement fait observer que le séjour dans les prisons départementales est de trop courte durée pour que les renseignements fournis sur l'état sanitaire puissent donner lieu à aucune observation concluante au sujet de l'influence de la détention. Cette réflexion montre que la proportion excessive des décès dans les prisons de la Seine ne provient pas des maladies qui se contractent dans ces prisons, mais de celles qu'on y apporte, et qu'il faut imputer à toutes les causes qui les engendrent dans une si grande et si populeuse cité. C'est un avertissement aux ouvriers ruraux qui, en désertant le travail agricole, viennent s'exposer ainsi à des chances si considérables de chute et de mortalité. Sous le rapport administratif, les prisons du département de la Seine sont aussi dans une situation tout à fait exceptionnelle : tandis que tout ce qui se fait dans le régime des prisons centrales et départementales de l'Empire émane de l'impulsion directe du ministère de l'intérieur, les deux préfectures de la Seine et de police, l'une chargée des travaux de construction, l'autre de la discipline des prisons, usent, en raison de leur grande importance, d'une large initiative qui restreint singulièrement l'action que peut exercer le ministère de l'intérieur, soit par l'administration centrale, soit par l'inspection générale.

On a beaucoup fait pour l'amélioration des prisons de la Seine, et la maison d'arrêt de Mazas a notamment une réputation européenne justifiée par le mérite de sa construction et l'organisation de sa discipline intérieure. Mais il reste encore beaucoup à faire pour le régime disciplinaire des prisons de la Seine.

L'importance de ces prisons avait particulièrement frappé l'esprit élevé de notre honorable et savant confrère, M. Delangle, et il avait résolu de les visiter et d'étudier par lui-même leur régime intérieur, lorsqu'il fut appelé au ministère de la justice, en laissant à celui de l'intérieur le souvenir des services de son habile administration.

Sous tous les rapports, administratif, économique et moral, il y a donc plus de différences que d'analogies entre le département de la Seine et les autres départements de l'Empire. Cette énorme agglomération de population urbaine est un point de vue tout à fait spécial pour les observations du moraliste et de l'économiste.

C'est sous ce rapport que l'ouvrage de notre savant confrère,

Digitized by Google

M. Husson, sur les consommations de Paris, a été un véritable service rendu aux études de l'économie politique; c'est un service de même nature que rend à celle du moraliste ce cadre particulier qui embrasse les recherches de la statistique sur le mouvement des journées de détention et les catégories pénales des détenus dans le département de la Seine et les divers établissements consacrés à la détention répressive et pénitentiaire.

M. Dupuy indique le nombre et la destination pénale des diverses prisons de la Seine, le mouvement de l'effectif pendant l'année; les constatations qui intéressent l'état sanitaire des détenus, leur situation légale, leur état intellectuel, leur régime disciplinaire; enfin l'organisation et le produit du travail

C'est dans le même ordre qu'il présente les diverses indications de la statistique propres à caractériser la situation des autres prisons départementales de l'Empire.

Enfin, la cinquième et dernière partie de cette statistique offre le tableau successif des dépenses des maisons centrales, pénitenciers agricoles d'adultes, colonies publiques de jeunes détenus, et quartiers correctionnels annexés ou assimilés à ces établissements, ensuite celles des établissements privés d'éducation correctionnelle et celles enfin des maisons d'arrêt, de justice et de correction, ainsi que des dépôts et chambres de sûreté.

Pour faive concevoir toute l'importance de l'administration pénitentiaire en France, il expose l'ensemble des divers établissements dont elle se compose, le mouvement de leur détention, l'effectif de leur population, et l'état enfin des dépenses ordinaires et extraordinaires qui s'y rattachent.

Les établissements affectés à tous les degrés pour tous les cas de la détention et répartis sur toute la surface de l'Empire s'élèvent au nombre suivant :

Dépôts et chambres de sûreté.....	2,242	2,646
Maisons d'arrêt, de justice et de correction..	404	
[1] De reclusion et de correction, hommes.....	17	
[2] Pénitenciers agricoles d'adultes (Corse)....	2	
[3] Continentaux.....	1	29
[4] Maisons centrales pour les femmes.....	8	
[5] Maison spéciale politique de Corté.....	1	
A reporter.....		

[1] Albertville (Savoie), Aniane (Hérault), Beaulieu (Calvados), Belle-Ile (Morbihan), Clairvaux (Aube), Embrun (Hautes-Alpes), Eusisheim (Haut-Rhin), Eysses (Lot-et-Garonne), Fontevrault (Maine-et-Loire), Gaillon (Eure), Limoges (Haute-Vienne), Hods (Nord), Melun (Seine-et-Marne), Mont-Saint-Michel (Manche), Nîmes (Gard), Poissy (Seine-et-Oise), Riom (Puy-de-Dôme).

[2] Ces établissements sont : celui de Chiavari, fondé en 1855 sur de vastes domaines, acquis par l'État, sur le golfe d'Ajaccio, et celui de Casabianca installé de 1860 à 1862, sur un domaine fort étendu de la côte orientale de la Corse.

[3] Colonie d'adultes de Bellevue fondée en 1852, près de la maison centrale de Fontevrault, par suite du bail approuvé par décret impérial du 21 janvier 1853, située sur la limite du département de la Vienne.

[4] Auberive Haute-Marne), Cadillac (Gironde), Clermont (Oise), Doullens (Somme), Hagueneau (Haut-Rhin), Montpellier (Hérault), Rennes (Ile-et-Vilaine), Vannes (Morbihan).

[5] Les condamnés de la catégorie politique qui occupaient l'établissement de Belle-Ile-en-Mer furent conduits à la maison de détention créée en 1857, à Corté. La maison de Corté est vide depuis l'amnistie du mois d'août 1859.

Digitized by Google

Report.....		
[1] Etablissements publics agricoles de jeunes détenus.....	4	7
[2] Industriels.....	1	
[3] Quartiers spéciaux à des maisons centrales.	1	
[4] Quartier d'éducation correctionnelle pour les filles.....	1	
[5] Établissements départementaux de garçons.	2	4
[6] — — de filles....	1	
[7] Établissements communaux, garçons.....	1	
[8] Établissements privés agricoles de jeunes détenus.....	24	26
[9] Industriels.....	2	
[10] Maisons pour les filles dirigées par des congrégations religieuses.....	17	19
[11] Maisons pour les filles dirigées par des institutions de bienfaisance.....	2	
A reporter.....		

[1] Ces quatre établissements sont les trois colonies continentales dites : les Douaires (Eure), près de Gaillon; Saint-Bernard (Nord), près la maison centrale de Loos; Saint-Hilaire (Vienne), près la maison centrale de Fontevrault et la colonie de Saint-Antoine, en Corse, en 1855, qui occupe la vallée de Saint-Antoine; celle du Mulinaccio et d'Albertrone, ainsi que les versants qui les bordent. L'État a été mis en possession de ce domaine de 350 hectares par la ville d'Ajaccio, moyennant un prix de 45,000 francs.

[2] Maison cellulaire établie à Paris pour l'éducation des jeunes détenus. Les bâtiments appartiennent au département de la Seine qui les afferment à l'État.

[3] C'est le quartier industriel annexé à la maison centrale de Gaillon.

[4] Ce quartier est annexé à la maison de Saint-Lazare; il est rangé parmi les établissements publics de jeunes détenus, parce que l'État prend en charge toutes les dépenses ordinaires.

[5] Ces établissements ne sont que des quartiers, l'un annexé à la maison de correction de Lyon (Rhône), et l'autre à celle de Rouen (Seine-inférieure). Ce dernier n'est, à proprement parler, qu'un quartier d'attente.

[6] Etablissement situé près de Macon et administré par le département qui reçoit de l'État un prix de journée.

[7] C'est la colonie d'Oswalt, administrée par la ville de Strasbourg moyennant un prix de journée qu'elle reçoit au nom de l'État.

[8] Bar-sur-Aube (Aube), Bordeaux, *intra muros* (Gironde), Cîteaux (Côte-d'Or), Fongombault (Indre), Grande Trappe (Orne), Guernanez (Nord), Ile du Levant (Var), La Loge (Cher), Le Luc (Gard), La Cavalerie (Vaucluse), Beaurecueil (Bouches-du-Rhône), Mettray (Indre-et-Loire), Naumoncel (Meuse), Oublins (Rhône), Petit-Quévilly (Seine-Inférieure), Pezet (Aveyron), Sainte-Foy (Dordogne), Saint-Ilan (Côtes-du-Nord), Sainte-Radégonde (Aveyron), Toulouse (Haute-Garonne), Vailfanqués (Hérault), Val d'Yerne (Cher), Villette (Ain).

[9] Bordeaux, *intra muros*, Marseille, *intra muros*.

[10] Il n'y a aucun de ces établissements exclusivement agricoles. Onze sont dirigés par la congrégation dite du Bon Pasteur, et ainsi répartis : Amiens (Somme), Angers (Maine-et-Loire), Bourges (Cher), Dôle (Jura), Lille (Nord), Limoges (Haute-Vienne), Metz (Mozelle), Saint-Omer (Pas-de-Calais), Sens (Yonne), Strasbourg (Bas-Rhin), Varennes-les-Nevers (Nièvre); six par diverses congrégations religieuses : Le Mans (Sarthe), Ribeauvillé (Haut-Rhin), Saint-Brieuc (Côtes-du-Nord), Vannes (Morbihan), Rouen (Seine-Inférieure).

[11] Institut des servantes catholiques et protestantes de Strasbourg, et ouvroir de la Miséricorde de Clermont (Oise).

Digitized by Google

Report.....		
[1] Pour les mineurs détenus à la requête de leur famille. — Garçons.....	1	2
[2] Filles.....	1	
[3] Société de patronage. — Pour les jeunes libérés.....	1	2
[4] Pour les jeunes libérées.....	1	
Total général :		2,735

Le total des journées de détention en 1862, pour tous ces établissements, a été de..... 19,471,619

Dont pour les prisons départementales, de.....	8,832,781
Les maisons centrales et établissements assimilés....	8,176,135
Pour les établissements de jeunes détenus.....	2,462,703
Total égal :	19,471,619

Ces 19,471,619 journées de détention représentent une population moyenne de 53,348. 53,348

Dont dans les prisons départementales et dépôt de sûreté.....	24,199
Maisons centrales.....	21,018
Établissements de jeunes détenus.....	8,131
Total égal :	53,348

Après avoir constaté le total des sommes dépensées en 1862, s'élevant à 15,754,127 fr. 25 cent., M. Lucas décompose, en présentant successivement la dépense ordinaire et extraordinaire brute et nette, non-seulement pour toute ces catégories d'établissements, mais encore pour chacune d'elle.

Nous regrettons que le défaut d'espace ne nous permette pas de reproduire cette série de chiffres si instructifs pour l'économiste et l'homme d'État; mais nous citerons au moins le curieux tableau dans lequel M. Lucas présente le résumé du prix brut et net de la dépense de la journée de détention pour les maisons centrales, départementales et les établissements de jeunes détenus.

[1] Établissement spécial fondé par M. Demetz, à Mettray.

[2] Quartier spécial établi au couvent de la Madeleine, à Paris.

[3] Fondée à Paris en 1833, pour les jeunes libérés de la Seine, et reconnue depu établissement d'utilité publique.

[4] Fondée à Paris, en 1837, par Mme de Lamartine et Mlle de La Grange, pour le jeunes libérées de la Seine.

Digitized by Google

DÉSIGNATION.	DÉPENSES.	DÉPENSES ordinaires.	DÉPENSES extra-ordinaires.	TOTAUX.	OBSERVATIONS.
Maisons centrales.	Brute. Nette.	0,61c 35m 0,55c 46m	0,14c 08m 0,14c 01m	0,75c 43m 0,69c 54m	
Prisons départementales.	Brute. Nette.	0,82c 71m 0,81c 37m	» »	» »	
Etablissements de jeunes détenus.	Brute. Nette.	» A la charge de l'Etat.	» »	» 0,63c 49m	

On n'a pu indiquer dans ce tableau la décomposition de la dépense ordinaire et de la dépense extraordinaire pour les établissements de jeunes détenus, exprimées par le prix moyen des deux dépenses réunies 0,63c 49m, parce que l'État s'exonère de cette double dépense, par suite du prix convenu avec le fondateur de chaque établissement.

M. Lucas entre ensuite dans un exposé de considérations et de résultats positifs qui tendent à prouver que l'intérêt moral des prisons et l'intérêt financier sont beaucoup plus étroitement unis qu'on ne semble généralement disposé à le croire.

En entrant, dit-il, dans l'inspection générale en 1830, sans méconnaître les immenses services rendus par la centralisation administrative, nous pensions toutefois qu'elle était tombée dans l'exagération, et nous avions sous ce rapport des préventions à son égard.

L'expérience nous a prouvé qu'en effet la centralisation avait des exigences et des traditions exagérées dans certains services administratifs; mais nous fûmes singulièrement surpris de voir que la centralisation, assez envahissante partout ailleurs, avait au contraire montré trop de réserve dans le service administratif des prisons et n'avait pas su y prendre la place qui, légalement, devait lui appartenir.

Une des premières obligations d'un gouvernement, c'est de sauvegarder le principe de l'égalité devant la loi, surtout en législation criminelle, et d'assurer par conséquent une exécution uniforme des peines édictées par le législateur et prononcées par le juge.

Les lois financières en France ont trop longtemps contrarié sous ce rapport le vœu et le but des lois pénales en mettant les dépenses des maisons départementales, d'arrêt, de justice et de correction à la charge des départements.

« On croirait, disions-nous dans un rapport de 1832, en inspectant « nos prisons départementales, que la France est un grand État fé- « dératif où chaque département détermine, selon ses ressources, le « régime intérieur des prisons.

« Sous le rapport du personnel administratif, du régime alimen- « taire, des divers services économiques et des conditions de la sé- « paration légale et morale des diverses catégories de détenus, les « départements les plus voisins offrent souvent les plus choquants « contrastes.

« Il y a plus encore, c'est que parfois ces contrastes regrettables « se reproduisent entre les arrondissements d'un même départe- « ment.

Digitized by Google

« L'arrondissement du chef-lieu est habituellement le moins mal-
« traité.

« Quand on vote quelques fonds pour le vestiaire ou pour l'a-
« mélioration de la literie, ou pour la séparation des détenus,
« c'est en effet à la prison du chef-lieu de département qu'on les
« applique.

« Le premier et le plus urgent besoin de la réforme des prisons
« départementales, c'est que l'État les prenne à sa charge comme
« les maisons centrales. Autrement il serait inutile de rechercher
« pour ces prisons départementales un plan de réforme dont le mi-
« nistère de l'intérieur ne pourrait commander et obtenir l'applica-
« tion uniforme. L'intérêt financier n'aurait certes point à en souf-
« frir. Ce qui frappe, ce n'est peut-être pas tant l'insuffisance des
« fonds votés que l'inintelligence de leur bon emploi, et surtout
« l'absence d'un contrôle sérieux et régulier. Presque tout se fait
« en régie avec les intentions les plus honnêtes, mais aussi fort inex-
« périmentées. »

Ce ne fut que 23 ans plus tard que la loi des finances de 1855, vint enfin réaliser cette importante mesure. Nous en dirons autre part les bons résultats administratifs et moraux, et nous nous bornerons ici à citer les termes dans lesquels le rapport de M. Dupuy en constate les excellents résultats financiers.

« Depuis la prise en charge des prisons départementales par le
« budget de l'Etat, du 1er janvier 1856 à ce jour, leur dépense est
« inférieure de près de 2 millions de francs à celle qui figure dans
« les comptes rendus officiels de 1855, sous le régime de l'adminis-
« tration départementale, malgré les dépenses inhérentes à toute
« prise de possession, malgré les frais d'un renouvellement de maté-
« riel, et d'un vestiaire en mauvais état, malgré l'augmentation des
« petits traitements du personnel de garde et de surveillance, et la
« création d'un directeur au chef-lieu de chaque département. »

La dépense par journée s'élevant sous la gestion départementale en 1855, à 1 fr. 13 cent., se réduisait en 1862, comme on l'a vu, à 82 cent. 71 mill. sous l'administration centrale du ministère de l'intérieur.

En regard de cette remarquable diminution de dépense, M. Dupuy montre l'élévation obtenue dans les recettes par une impulsion plus intelligente et plus active imprimée à l'organisation du travail, dont le produit n'était en 1855, sous la gestion départementale, que de 300,000 francs, et qui s'est élevé en 1862, pour les maisons d'arrêt, de justice et de correction, à 1,170,000 fr. C'est là un des plus beaux succès dont puisse se prévaloir la centralisation administrative.

M. Dupuy attribue en grande partie ce remarquable résultat à la manière dont a été organisé le contrôle de la gestion financière.

« Un comité consultatif, dit-il, composé de quatre inspecteurs gé-
« néraux au moins, se réunissant chaque jour au ministère de l'in-
« térieur, est appelé à examiner toutes les affaires relatives à la ges-
« tion financière, à donner son avis sur les marchés de fournitures,
« adjudications, cahier des charges, à vérifier les budgets et les
« comptes des établissements. Ce concours éclairé et assidu de
« l'inspection générale à toutes les opérations concernant les services
« économiques, entoure des plus sérieuses garanties la solution des
« questions de dépenses, et l'emploi des ressources affectées au ser-
« vice des prisons. »

Nous aurions voulu pouvoir épargner à l'Académie la lecture

Digitized by Google

aride et fatigante de cette longue énumération de chiffres; mais dans notre exposé sur le mouvement progressif de la réforme, nous aurons besoin d'en invoquer le témoignage et d'en constater l'importante signification.

Lorsque de 1828 à 1830 nous signalions l'urgence d'une réforme pénitentiaire, les esprits les plus sympathiques à cette réforme par l'élévation de leur sentiments étaient généralement portés à n'accueillir qu'avec un sourire d'incrédulité notre confiance dans les avantages financiers aussi bien que dans les avantages moraux de cette réforme bien entendue.

L'idée pénitentiaire effrayait un peu tout le monde par je ne sais quelle perspective d'énormes sacrifices que son application devait imposer à l'État. Et pourtant si la mesure réalisée par la loi de 1855 et mise à exécution en 1856 se fût accomplie en 1833, c'est-à-dire vingt-trois ans plus tôt, une féconde impulsion eût été immédiatement imprimée à l'uniformité du régime légal, économique et disciplinaire de nos maisons d'arrêt, de justice et de correction, en procurant au pays sur les dépenses de ces prisons une économie de près de 2 millions par an, ou d'environ 56 millions pour ces vingt-trois années.

Nous aurons à citer bien d'autres exemples de ce lien étroit qui unit l'intérêt pénitentiaire à l'intérêt financier, lorsque nous exposerons à l'Académie ce mouvement progressif de la réforme des prisons, qui, loin de se ralentir, reçoit une nouvelle et active impulsion de l'habile administrateur qui dirige en ce moment le ministère de l'intérieur.

C'est ce que témoignent plusieurs actes administratifs que nous aurons à mentionner dans une autre communication. et notamment celui relatif à l'organisation de bibliothèques appropriées à la situation des détenus de tout sexe, de tout âge et de toute catégorie pénale: celui encore concernant l'introduction des travaux de ferme et de jardinage dans les établissements de jeunes filles détenues, excellente mesure dont M. Dupuy a déjà constaté la première application dans les maisons d'Angers, Vannes, Lille, Bourges, le Mans, etc.

Nous croyons, continue M. Lucas, que ces développements dans lesquels nous venons d'entrer, joints aux renseignements statistiques que nous avons précédemment indiqués, peuvent au moins contribuer à donner une grande et juste idée de l'administration, qui a en France la direction et la responsabilité de la réforme pénitentiaire.

On ne saurait trop encourager la continuation régulière et instructive de la statistique des prisons et établissements pénitentiaires qui, comme le dit M. Dupuy, est une sorte d'enquête périodique dont les informations se complètent et se contrôlent en se succédant. La connaissance des faits qu'elle constate est d'une utilité journalière pour la pratique administrative, et jette une vive clarté sur les réformes réalisables dans un service qui touche, par tant de points, aux plus graves intérêts de la société.

On s'étonnera sans doute qu'ayant à parler de l'effectif de toutes les catégories de détenus, nous n'ayons rien dit de celles des détenus politiques. La raison en est simple : depuis notre entrée dans l'administration des prisons en 1830, nous avons vu trois gouvernements dans notre pays, la monarchie de Juillet, la République et

Digitized by Google

l'Empire. Deux de ces gouvernements, dont le premier fut assurément fort clément, ont eu successivement besoin pour les détentions politiques de la citadelle de Doullens, d'un quartier spécial du mont Saint-Michel, d'un établissement insulaire à Belle-Ile, et enfin de la prison politique spéciale de Corté en Corse. La citadelle de Doullens est devenue une maison centrale pour les femmes condamnées; l'établissement de Belle-Ile a été exclusivement consacré aux condamnés sexagénaires. Depuis 1858, un décret a supprimé la maison centrale du mont Saint-Michel en appelant cet admirable monument historique à une autre destination, et depuis l'amnistie d'août 1859, la prison politique de Corté n'a plus qu'un gardien-concierge pour veiller à la conservation de ses bâtiments que nous voudrions voir, pour le bonheur et la sécurité de notre patrie, rester indéfiniment vacants. C'est là dans l'histoire de nos prisons et dans celle même du pays une heureuse page pour l'Empire.

Ici se termine notre rapport sur la statistique de 1862, l'exposé du mouvement progressif de la réforme pénitentiaire en France depuis 1830, jusqu'à ce jour, que nous aurons à soumettre prochainement à l'Académie pour répondre à la confiance dont elle veut bien nous honorer, sera divisée en deux parties :

La première, consacrée aux détenus adultes des deux sexes et de toutes les catégories pénales; la seconde, réservées aux jeunes détenus des deux sexes. C'est là que nous trouverons, au-dessus des actes administratifs, l'intervention du législateur, désignant par son nom l'éducation pénitentiaire, non-seulement comme une mission morale, mais encore comme une obligation légale à remplir.

La loi du 5 août 1850, en effet, qui date de l'habile administration du ministre qui dirigeait alors le département de l'intérieur, M. Baroche, s'intitule *loi d'éducation et de patronage*, et en admettant des établissements privés et publics, elle laisse aux uns la liberté des méthodes d'éducation, sous le contrôle du gouvernement, en ne prescrivant que pour les secondes à l'administration l'initiative d'une méthode uniforme d'éducation pénitentiaire.

C'est pour établir cette méthode uniforme dans les établissements publics de jeunes détenus, et déterminer des dispositions réglementaires sur le régime des services alimentaires et économiques dans les établissements publics et privés, qu'a été conçue la circulaire du 31 mars 1864. L'esprit libéral de cette circulaire a mis à l'étude un projet de règlement destiné à recevoir d'importantes améliorations, par l'appel fait aux observations pratiques des fondateurs d'établissements privés, et naturellement aussi aux lumières des publicistes et des corps savants, et pour n'être mis définitivement en vigueur qu'après avoir été soumis aux délibérations du conseil des inspecteurs généraux des prisons, appelés par le décret du 15 janvier 1852 à donner leur avis sur tous les projets de règlements relatifs aux établissements pénitentiaires.

On voit que ce grand problème de l'éducation, qui semblait réservé au ministère de l'instruction publique, s'étend maintenant au ministère de l'intérieur, en s'adressant aux natures les plus vicieuses et dans les conditions par conséquent les plus difficiles et les plus compliquées.

La loi du 5 août 1850 a été sage et libérale en pensant que ce n'était que par la liberté des méthodes, sous le contrôle du ministère de l'intérieur, qu'il fallait demander aux recherches, aux études et aux applications de l'esprit d'initiative, la solution de ce nouveau

Digitized by Google

et difficile problème d'éducation, qui se produisait de nos jours sous le titre d'éducation pénitentiaire.

Les citations que nous avons faites sont assez nombrenses et assez étendues pour qu'on puisse bien saisir l'ensemble de ce rapport. Une chose dont M. Lucas semble surtout s'être préoccupé, c'est que l'administration des prisons est généralement trop peu connue, et qu'il importait de faire comprendre l'importance de cette grande administration pénitentiaire, qui compte plus de deux mille établissements, et présente annuellement un mouvement de près de 20 millions de détentions et une population moyenne de plus de 50,000 détenus. L'honorable académicien n'a rien négligé pour donner, d'une manière lucide et intéressante, la haute idée qu'on devait concevoir du service pétitentiaire.

Nous croyons, toutefois, devoir signaler dans ce rapport quelques lacunes qui nous paraissent regrettables, et que M. Lucas a sans doute senties lui-même, lorsqu'il a dit que la crainte de fatiguer l'attention de l'Académie l'avait empêché d'ajouter plusieurs indications qui devaient compléter son rapport. C'est ainsi qu'il s'est borné à mentionner seulement les noms des pénitentiers agricoles de la terre, sans exposer les renseignements statistiques qui se rattachent à cet essai, le plus hardi et le plus considérable qui ait encore été tenté pour l'application des condamnés à l'agriculture. C'est peut-être en raison même de l'importance de cet essai que M. Lucas n'a pas voulu en parler incidemment, et qu'il se réserve de faire connaître ses appréciations dans son rapport du mouvement progressif de la réforme pénitentiaire.

Nous regrettons encore que l'honorable académicien ne nous ait indiqué que pour les prisons du département de la Seine les renseignements statistiques qui intéressent l'état sanitaire, et qu'il ne soit pas entré dans des développements plus étendus sur le produit des travaux des condamnés. Mais il est vrai qu'il suffit de consulter à cet égard la statistique publiée par M. Dupuy, et que le but du rapport lu à l'Académie a été d'inspirer la pensée et de démontrer l'utilité d'y recourir.

On nous permettra encore quelques observations :

En lisant l'intéressant rapport adressé par M. le directeur Dupuy à M. le ministre de l'intérieur, nous avions été singu-

Digitized by Google

lièrement frappé du passage où, à l'occasion de la décroissance du nombre des jeunes détenus depuis 1856, M. Dupuy déclare que cette diminution est due en partie à des mesures provoquées en 1855 par le ministre de l'intérieur et puis par le ministre de la justice, « pour que les poursuites relatives « aux délits de vagabondage et de mendicité ne fussent effec- « tuées que lorsque la question de discernement paraîtrait de- « voir être résolue affirmativement. »

Heureux d'avoir à signaler un ralentissement dans le mouvement de la criminalité parmi les jeunes détenus, qui constatait en France l'influence de la réforme pénitentiaire, l'honorable académicien a loyalement mentionné, toutefois, la déclaration du rapport de M. Dupuy, et a fait judicieusement remarquer que la France offre à cet égard un singulier contraste avec ce qui passe dans la plupart des pays étrangers, où les établissements pénitentiaires pour les jeunes détenus ont surtout pour but avoué de renfermer et corriger les jeunes vagabonds, afin de prévenir par la répression du vagabondage la criminalité qui en est l'inévitable conséquence.

M. Lucas s'en est tenu devant l'Académie à cette appréciation morale des mesures précitées; mais les lecteurs de la *Revue de législation*, qui sont en général des jurisconsultes, pourraient se préoccuper de l'appréciation légale de ces mesures, et leur attribuer une gravité qu'elles ne sauraient avoir quand on connaît les intentions et les circonstances qui les ont déterminées.

Le nombre de jeunes détenus, qui était de 5,600 en 1851, prit dans les années suivantes un tel accroissement progressif qu'il s'élevait en 1856 à 9,900.

On s'alarma de ce fait qui était la conséquence naturelle de l'augmentation progressive des colonies pénitentiaires de jeunes détenus fondées en conformité de la loi du 5 août 1850. Partout, en effet, où s'élevait un de ces établissements, les magistrats, ne subissant plus les répugnances qu'ils éprouvaient précédemment à livrer les jeunes détenus à la corruption des prisons, envoyaient sans hésiter à la colonie pénitentiaire les jeunes délinquants qui n'étaient pas réclamés par leurs familles. Il était facile de prévoir que du moment où les fondations des colonies pénitentiaires seraient réparties sur toute la surface de l'Empire, l'effectif du nombre des jeunes détenus

Digitized by Google

s'établirait alors dans son état normal, et suivrait même désormais un mouvement décroissant. Mais quand même elle eût été animée de cet esprit de prévoyance, l'administration de l'intérieur était aux prises avec les embarras du moment. En face de ce mouvement progressif de jeunes détenus, elle avait beau presser les fondations des établissements existants, d'augmenter leurs constructions et hâter des fondations nouvelles, il y avait un nombre de jeunes détenus en excédant des locaux disponibles.

C'est dans cette situation que l'administration de l'intérieur provoqua, à titre seulement d'expédient temporaire, les mesures précitées pour ralentir les poursuites dirigées contre les jeunes vagabonds, *cessante causâ, cessat effectus.*

Aujourd'hui que le nombre des fondations de colonies pénitentiaires est non-seulement en rapport avec les exigences de la situation, mais même en excédant des besoins; aujourd'hui que le mouvement de l'effectif des jeunes détenus est progressivement décroissant, les mesures prises en 1855 n'ont plus leur raison d'être, et les poursuites à l'égard des jeunes vagabonds doivent reprendre leur libre cours. Mais si ces poursuites, comme on l'a fait observer, n'aboutissaient qu'à des détentions de quelques mois à subir dans les prisons départementales, l'effet du jugement serait pire que celui de l'impunité même. Si, avant la loi du 5 août 1850, les prisons départementales offraient trop généralement pour les jeunes détenus les dangers de la corruption, la situation n'a guère dû se modifier depuis cette loi. On s'est efforcé d'améliorer dans les maisons d'arrêt les conditions de l'emprisonnement avant jugement pour les jeunes détenus, et l'on est loin d'y avoir encore généralement réussi. Mais en présence de colonies pénitentiaires, on ne s'est guère préoccupé des dispositions intérieures pour les jeunes délinquants dans les prisons départementales de correction.

Aussi l'administration a-t-elle pris les mesures les plus efficaces pour que les jeunes détenus fussent, immédiatement après leur jugement, transférés à leur destination dans une colonie pénitentiaire. Les jugements à court terme sont d'ailleurs aujourd'hui un non-sens à l'égard des jeunes détenus pour lesquels, comme on l'a si bien dit et comme la magistrature l'a généralement si bien compris, il s'agit moins d'une peine à subir que d'une éducation à faire.

Digitized by Google

L'honorable académicien, en se plaçant au point de vue des besoins moraux de l'éducation pénitentiaire, démontre avec évidence que les séjours à court terme sont de nul ou de mauvais effet, et que les bons résultats d'une discipline pénitentiaire ne peuvent s'obtenir que sous l'influence des séjours prolongés.

Nous ajouterons qu'on arrive à la même conclusion sous le rapport de l'enseignement professionnel agricole. Pour faire des jardiniers, des agriculteurs, des garçons de charrue, des charretiers, des bouviers, des bergers, des porchers, des vachers [1], des faucheurs, etc., il faut deux choses, le temps d'apprendre le métier et la force nécessaire pour l'exercer; on ne saurait y parvenir avant l'âge de dix-huit ans accomplis.

Nous dirons enfin que cet âge est celui qui permet des enrôlements dans l'armée de terre et de mer, et que par tous ces motifs fondés sur le raisonnement et l'expérience pratique, il n'est pas désirable que l'heure de la libération pour les enfants détenus dans les colonies agricoles pénitentiaires arrive avant la dix-huitième année.

C'est ainsi qu'à tous les points de vue il y a une remarquable concordance entre tous les besoins et toutes les conditions de l'éducation pénitentiaire. HELLO.

[1] Nous n'avons pas besoin de dire que par bergers, porchers et vachers, nous n'entendons pas des gardeurs de moutons, de porcs et de vaches, mais des enfants façonnés à l'élevage de la race ovine et porcine, et auxquels on a appris, en ce qui concerne la race bovine, à traire les vaches et à donner à ces animaux tous les soins qu'ils nécessitent. Les succès déjà obtenus dans plusieurs colonies agricoles pénitentiaires, dans les concours agricoles locaux et régionaux, et les médailles décernées à des colons de ces établissements, pour leurs soins envers les animaux, témoignent de tous les avantages que l'agriculture est appelée à recueillir de l'enseignement professionnel de ces établissements, si on lui laisse le temps de se réaliser.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE LA SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DES FEMMES MARIÉES,

Par M. A. Bertauld, professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit, ancien bâtonnier des avocats à la Cour impériale de Caen.

Compte rendu par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris

Ceux qui s'adonnent entièrement au culte du droit doivent apprécier dans un auteur l'amour éclairé qu'il porte à ses œuvres, le soin qu'il a de les revoir, de les retoucher, de les corriger, de les compléter. C'est un amour quasi-paternel, qui ne délaisse pas les enfants lancés dans le monde à leur sort heureux ou non; qui, au contraire, épie leur marche et les obstacles qu'ils rencontrent, étudie encore plus les faits nouveaux modificatifs ou confirmatifs des doctrines qu'il les a chargés d'épandre; et qui, s'ils réussissent, leur a dans son loisir préparé de nouveaux éléments de succès et les pourvoit de nouvelles richesses patiemment amassées, pour les soutenir dans une carrière pénible où le mérite des concurrents les condamnerait à un stérile succès d'estime.

Ce sentiment contenu dans de justes bornes a été celui de M. Bertauld. Il a publié en 1852 une monographie, « *De l'hypothèque légale des femmes mariées sur les conquêts de communauté,...* » et, en 1853, son « *Étude sur la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées.* » Mon opinion particulière est que cette seconde étude était bien avancée, quand l'auteur s'est décidé à mettre la première en lumière, et que deux raisons l'ont alors déterminé : l'une, que sa monographie sur l'hypothèque légale des conquêts serait hors de proportion avec l'ouvrage entier; l'autre, qu'elle serait plus libre dans sa marche, plus complète, mieux goûtée, et qu'en définitive, la question qu'elle traite étant préjudicielle à la question générale

Digitized by Google

du second ouvrage, les cas où il aura dans cette monographie signalé la possibilité d'une hypothèque légale sur les conquêts immeubles se représenteraient à l'esprit du lecteur de l'*Étude sur la subrogation*.

M. Bertauld a sagement usé du droit paternel. Cette fois, la première dissertation est devenue la dernière, par forme d'*Appendice;* elle forme un complément plutôt qu'un traité à part, et je pense comme l'auteur (p. 301), « qu'elles ont les plus « grandes affinités, qu'elles s'expliquent mutuellement, se com- « plètent et se justifient, et que leur rapprochement n'a rien « d'arbitraire. » (*Lire la table de l'*Étude, *n*os 66 *à* 74, p. 408 du volume.)

Le *Traité de la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées* marche donc en première ligne dans le volume annoncé. C'est seulement à la fin de 1864 (dix années pleines après la publicité de l'*Étude* sur le même sujet) que notre jurisconsulte le met une seconde fois en lumière, enrichi de nombreuses observations, et surtout de celles qu'a dû appeler la loi du 23 mars 1855 sur la transcription hypothécaire, et en y joignant la *monographie* qu'il lui subordonne et qui la complète.

L'ouvrage a conservé sa division primitive en quatre chapitres. 1° Qu'est-ce que la subrogation à l'hypothèque légale? Ce qui amène une sous-division : a-t-elle plutôt le caractère d'un transport que d'un nantissement? Transmet-elle l'hypothèque sans la créance? La cession de priorité ou de rang a-t-elle des effets distincts de la subrogation à l'hypothèque légale? La renonciation de la femme à l'hypothèque légale constitue-t-elle une véritable subrogation? — 2° Sous quels régimes matrimoniaux les femmes ont-elles capacité pour subroger à l'hypothèque légale? — 3° Comment s'opère la subrogation à l'hypothèque légale et à quelles conditions l'efficacité en est-elle subordonnée? — 4° Quel est l'effet de la subrogation?

Tel est le cadre étroit qui renferme les nombreuses questions que l'auteur a embrassées.

La tâche était difficile avant la loi sur la transcription; elle le devenait encore plus après. Dès l'apparition de cette loi, les jurisconsultes ont dû l'étudier, la commenter, enseigner ses rapports avec les lois régnantes, et indiquer en quoi elle les modifiait. Certes, il était naturel qu'au moins dans les détails

Digitized by Google

il y eût différents avis. La loi du 23 mars 1855 était fractionnellement un résultat législatif des immenses travaux préparés pour la réformation du régime hypothécaire et des tentatives de la législation elle-même. Donc, de part et d'autre, chacun a dû se regarder comme justement autorisé à appeler au secours de sa propre opinion telle ou telle portion des documents préparatoires et des discussions législatives d'une loi qui n'a point été achevée. — Ce n'est pas tout. La pratique des affaires avait conduit bien des personnes à regarder la subrogation à l'hypothèque des femmes comme un contrat spécial dont les effets seraient bien et dûment connus et déterminés. Pourtant, à parler philosophiquement, la subrogation prise en elle-même, quand elle vient de la loi, devrait être regardée plutôt comme l'effet et la suite d'un contrat ou d'un distrat que comme un contrat proprement dit, et quand elle résulte de la simple volonté de l'homme, n'être qu'une promesse accessoire dont les effets doivent se déterminer par la volonté du promettant, suivant le droit commun contenu au titre *des Obligations conventionnelles.* — Les difficultés venaient encore de ce que cette subrogation pouvait naître de la cession de l'hypothèque légale ou de la renonciation à cette hypothèque, et de ce que l'article 9 de la loi nouvelle, en se servant du mot *subrogation* comme renfermant cession d'hypothèque et renonciation à l'hypothèque, semblait faire de ce mot un nom générique qui ne comprendrait que deux espèces et n'en voulait pas admettre une troisième, telle que la convention d'antériorité et de préférence entre deux créanciers. — Elles venaient encore de ce que le temps écoulé et les nouveaux travaux des autres jurisconsultes avaient, pour ainsi dire, amoncelé les matériaux, les incertitudes et les nuances d'opinion.

Il y a d'ailleurs une difficulté inhérente au sujet, commune à tous les savants écrivains qui l'ont traité ou le traiteront, difficulté qui ne se présentait pas dans la monographie *de l'Hypothèque légale des femmes mariées sur les conquêts de la communauté;* c'est que la matière n'offre pas (on me pardonnera l'expression), n'offre pas d'anses pour la saisir et s'en rendre maître. L'étude *sur les conquêts* n'a pas ce danger, car la loi a défini les conquêts, et l'on sait de quoi l'auteur va parler. Mais où trouve-t-on dans la loi la définition *de la subrogation* d'une personne à une autre? elle n'a guère fait que fixer les

Digitized by Google

règles du payement par subrogation au titre des Conventions; mais ce que nous appelons subrogation se trouve en réalité dans toutes les acquisitions à titre universel, même dans les acquisitions à titre particulier, onéreux ou gratuit, de propriété, de jouissance et de droits réels; on la retrouve même en certains cas dans les actes libératifs. C'est ce qui m'a fait dire plus haut que la subrogation était le plus souvent en soi un effet du droit, qu'un droit proprement dit, quoique je sois loin de nier qu'elle puisse être l'objet d'un contrat comme toute chose qui nous appartient. Le maître de la chose n'est-il pas maître aussi des modifications dont elle est affectée pour sa propre utilité?

Mais quand on arrive à l'application de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme et surtout à la publicité hypothécaire requise par une loi encore récente, les difficultés s'accroissent de celles qui naîtront de l'esprit contraire de nos deux régimes matrimoniaux et des différences résultant des mille et une modifications que les parties ont le droit d'imposer conventionnellement à chacun de ces deux régimes; car chaque régime légalement établi peut, par la volonté des contractants, s'éloigner infiniment des prototypes que lui ont tracés les chapitres *de la Communauté légale* et *du Régime dotal*. Il est certain que si l'on applique la subrogation à certains contrats commutatifs, l'unique moyen d'en bien connaître les effets, c'est d'étudier le contrat principal en lui-même et ses clauses particulières, et de conformer l'application de la subrogation à la nature du contrat qui l'a produite. Donc, c'est, d'un côté, de l'ensemble de la volonté de la loi et des clauses de chaque contrat de mariage, et, d'un autre côté, de la volonté de la loi du 23 mai 1855 sur la transcription et sur la publicité, qu'on déduira les effets de la subrogation à l'hypothèque légale. Il faudra encore examiner si les termes de cette loi comprennent bien tout ce qu'il est permis à la femme de stipuler sur son hypothèque, si le mot *subrogation* qui paraît d'après le texte comprendre les cessions d'hypothèques et les renonciations d'hypothèques, comprend aussi les changements de rang ou conventions d'antériorité au profit du créancier du mari ou de tout autre, et en supposant la négative, si, dans la position relative de la femme mariée, il y a quelque autre obstacle légal à ce genre de convention, etc., etc.

Digitized by Google

Tel est l'aperçu de la tâche de M. Bertauld; il l'a complétement remplie. L'ouvrage est bien ordonné: sa brièveté en est la preuve; car son *Traité de la subrogation à l'hypothèque des femmes* ne contient pas tout à fait trois cents pages, bien qu'il soit un travail de discussion et que sur les questions controversées l'auteur prenne le soin d'exposer les opinions d'autrui avec netteté, franchise et courtoisie, de développer la sienne et de l'étayer quelquefois d'arrêts nombreux dont il fait admirablement connaître les espèces. C'est l'ordre de son travail et l'habileté qu'il apporte à grouper les questions secondaires qui l'ont rendu si bon ménager du temps de ses lecteurs. Je ne parlerai pas de son style ni de sa clarté d'exposition. Le public les connaît. J'insisterai seulement sur ce point qu'en quelques questions importantes, l'ouvrage est polémique; et selon moi, cette qualité lui donne encore un plus haut degré d'utilité et d'intérêt. Deux raisons justifient mon sentiment. La matière des subrogations est abstraite et peu connue, et l'émission de la loi du 23 mars 1855 réclame de tous les juristes une étude sérieuse et particulière. Or, toutes les fois qu'un homme de science avertit qu'il ne croit pas devoir admettre l'opinion d'autrui et qu'en même temps il donne les raisons de la sienne, il le fait par amour de la vérité; il appelle le lecteur à participer aux travaux de l'un et de l'autre; il éveille son attention, sa diligence; il l'invite à faire de sérieuses investigations pour acquérir, soit par comparaison, soit par des raisons nouvelles, la certitude du vrai. S'il s'agit de la portée de la loi de 1855, il faut que tous les adeptes de la science du droit se fixent sur ce qu'elle règle et sur ce qu'elle ne règle pas; juges et avocats la doivent méditer afin d'éviter dans la pratique ces erreurs de jurisprudence qu'on est, dans notre pays, si longtemps à réformer. S'agit-il de savoir ce qui est subrogation, ou ce qui ne l'est pas, il ne nous importe pas moins à tous de l'approfondir. « Il y a beaucoup de choses obscures et difficiles « dans la jurisprudence, qui ne se connaissent que *par une « longue étude* et une *grande application* (disait Derenusson, « *Chap.* 1er, n° 16 *de son Traité de la subrogation*): il est à sou- « haiter que ceux qui sont préposés pour rendre la justice « prennent soin de s'instruire des difficultés, et qu'ils ne jugent « pas légèrement, car souvent de leurs jugements dépend la « conservation ou la ruine des familles. Si tous les hommes

Digitized by Google

« doivent avoir de l'amour pour la vérité et la justice, ceux « qui sont entrés dans la magistrature en doivent avoir encore « plus que les particuliers dont le jugement n'intéresse per- « sonne. » COIN-DELISLE.

HISTOIRE DU SÉNAT DE SAVOIE,

Par M. Burnier, juge au tribunal de Saint-Jean-de-Maurienne. T. II. Paris, 1864, Durand.

Compte rendu par M. L. M. de Valroger, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

J'ai précédemment rendu compte du premier volume de cette histoire pleine d'intérêt; le second volume qui vient de paraître achève heureusement une œuvre si bien commencée. C'est la même manière, simple, naturelle, facile; c'est le même art pour rattacher au sujet tout ce qui peut y semer à la fois de l'agrément et de l'instruction.

Au moment où finit le premier volume, la Savoie était occupée par la France. Un traité de 1631 la rendit à son prince. L'occupation française se renouvela plus d'une fois encore avec le même résultat, en 1690, en 1703. Ces épisodes montrent combien l'histoire de la Savoie se rattache étroitement à la nôtre. L'histoire de son sénat, dans cette période comme dans l'autre, réfléchit celle de nos parlements : c'est le même rôle avec moins de fautes, mais aussi avec moins d'éclat. Son histoire serait même un peu terne si M. Burnier ne l'avait ingénieusement encadrée dans celle du pays. Il a mêlé à son récit des notions intéressantes sur l'ancien droit de la Savoie. Peut-être n'est-il pas inutile de réunir ici les détails épars dans l'ouvrage et de donner un aperçu de la marche du droit dans un État voisin qui est aujourd'hui réuni définitivement à la France.

Le droit de la Savoie au sortir du moyen âge ressemblait beaucoup à celui de nos pays de droit écrit. C'était un droit romain altéré. La restauration des études en rendit la pratique plus savante; le sénat de Savoie accommoda les doctrines romaines aux besoins du pays; le président Favre composa dans cet esprit son Code, où le droit de Justinien était com-

Digitized by Google

biné avec la jurisprudence de la Cour de Chambéry. Ce grand travail de l'illustre magistrat est resté jusqu'à nos jours la base du droit de la Savoie. Mais sur cette base il s'éleva une législation donnée au pays par ses princes. En 1699, l'avocat Bally publia un volumineux recueil de leurs édits. Cette législation allait bientôt prendre un développement nouveau. Au XVIIIe siècle les ducs de Savoie devenus rois veulent se signaler par des actes dignes de ce titre : il paraît une série de *Royales constitutions* préparées au sein du sénat. Celles de 1723, divisées en six livres, refondirent le droit public de la Savoie. Un travail de révision entrepris bientôt après fut achevé en 1729. L'amélioration des institutions ne cessa pas d'être poursuivie. Victor-Emmanuel III donna, en 1790, aux États qu'il possédait des deux côtés des Alpes un grand Code qui fut approprié à la Savoie par un règlement particulier. Un petit royaume voisin devançait ainsi la France dans la codification de son droit. Le Code Emmanuel eut l'honneur de servir de modèle au Code prussien. Il a fallu du temps et une révolution pour que la France soit entrée dans la même voie; mais elle y a marché avec une supériorité qui a fait de nos Codes la formule universelle du droit.

Ils devinrent communs à la Savoie quand elle ne fut plus qu'une province de l'empire français. C'était encore cette fois pour peu de temps. Le rétablissement de la maison de Savoie sur son trône rendit la vigueur aux *Royales constitutions* qui avaient régi le pays antérieurement. Mais l'introduction de nos Codes y avait répandu de nouvelles idées : la maison de Savoie comprit le besoin de réformes imitées de la législation française. En 1822 parut un édit qui réorganisait le système hypothécaire; un autre édit de la même année régularisa l'administration de la justice. Ces lois étaient le prélude d'une plus grande œuvre : en 1837, Charles-Albert publia un Code civil qui n'était à vrai dire qu'un remaniement du Code Napoléon; ce n'est que sur un très-petit nombre de points que les principes fondamentaux différaient. On voit que la Savoie en passant sous nos lois n'a point eu à subir un grand changement dans ses habitudes : son droit, comme sa langue, comme ses mœurs, l'avait depuis longtemps préparée à devenir définitivement française.

L. M. DE VALROGER.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

DE LA PREUVE DES TRANSACTIONS.

Dans l'examen doctrinal du mois de décembre, M. le conseiller Pont avait exposé un système qui a provoqué des objections de la part d'un de nos collaborateurs à qui la *Revue* doit plus d'un excellent article. M. Pont a jugé que ces objections méritaient une réponse. On lira avec intérêt cette controverse entre deux magistrats placés aux extrémités de la hiérarchie judiciaire. — (*Note de la Rédaction.*)

Observations de M. J. Latreille, juge de paix du canton de Montaigu (Tarn-et-Garonne).

Dans les questions controversées, la *Revue* permet d'ordinaire à toutes les opinions de se produire, et je prends acte de cet excellent usage pour présenter quelques observations au sujet de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 1864, et de l'examen doctrinal qu'en a donné M. Paul Pont.

L'espèce posée devant la Cour est celle-ci : une servante demande aux héritiers de son maître vingt-cinq années de gages qui ne lui ont pas été payés ; ceux-ci contestent, non le droit, mais le chiffre, et il intervient une transaction fixant à 2,500 fr. la somme due. Un acte transactionnel est passé sous seing privé, et en un seul original, ce qui l'invalide, et l'on vient devant les tribunaux.

Les héritiers refusent d'exécuter la convention et de payer les 2,500 francs. Ils soutiennent que la transaction n'est pas valable, parce que, aux termes de l'article 2044 du Code Napoléon, toute transaction doit être rédigée par écrit, et que, suivant les prescriptions de l'article 1325 du même Code, les transactions sous seing privé, comme toutes les conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'elles ont été faites en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ; d'où les héritiers concluent que, dans l'espèce, la

Digitized by Google

transaction ne peut être valablement prouvée, et que, dès lors, l'exécution ne peut en être ordonnée.

La servante prétend, au contraire, que le titre non valable comme acte transactionnel vaut comme commencement de preuve par écrit, et que l'article 1347 du Code Napoléon autorise à compléter par témoins ce commencement de preuve.

De là deux questions :

En premier lieu, un titre nul ou non valable peut-il servir de commencement de preuve par écrit?

En second lieu, la transaction peut-elle être prouvée par témoins quand il y a commencement de preuve par écrit?

L'arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre et l'examen doctrinal qu'en a donné M. Paul Pont résolvent ces deux questions d'une manière affirmative.

La première solution ne sera probablement jamais contestée, et il demeurera désormais de jurisprudence acquise qu'un titre nul ou non valable pour vice de forme n'en est pas moins matériellement un écrit capable de fournir le commencement de preuve exigé par l'article 1347.

Mais la seconde nous paraît appelée à soulever des protestations aussi nombreuses que fondées, parce qu'il est aisé de démontrer par le texte et par l'esprit de la loi que les preuves écrites sont les seules que l'on puisse invoquer pour établir l'existence des transactions.

En somme, que dit l'article 2044 du Code Napoléon? — Que toute transaction doit nécessairement être prouvée par écrit.

Que dit, au contraire, l'arrêt du 28 novembre? — Que la preuve par écrit n'est pas nécessaire, et que la preuve testimoniale peut être admise.

N'est-ce pas contradictoire?

Avant d'entrer dans la discussion des textes, il est quelquefois avantageux d'examiner une solution juridique dans ses conséquences, et, en procédant ainsi dans l'espèce actuelle, on voit tout d'abord se dresser devant ceux qui seraient tentés de suivre la doctrine de l'arrêt du 28 novembre, une question embarrassante. Que faudra-t-il décider lorsqu'il s'agira d'une somme inférieure à 150 francs?

Dans l'économie de la loi, la preuve testimoniale est admise, en règle générale, toutes les fois que la valeur contestée ne dépasse pas 150 francs. Au delà de ce chiffre, la preuve par

Digitized by Google

témoins ne peut être reçue que s'il existe déjà un commencement de preuve par écrit. Ce commencement de preuve n'est donc utile que pour les valeurs au-dessus de 150 francs. Au-dessous, la preuve testimoniale est de droit.

Faut-il appliquer ces principes généraux à la transaction? — Non, puisque l'article 2044 du Code Napoléon place ce contrat sous un régime spécial, et dispose qu'il doit toujours être constaté par écrit, même lorsqu'il n'a pour objet que des valeurs inférieures à 150 francs, et que, en ce qui le concerne, la preuve testimoniale est inadmissible.

Ainsi, la transaction devra nécessairement être rédigée par écrit, et ne pourra être prouvée que par titres, lorsqu'elle portera sur des valeurs au-dessous de 150 francs, parce que la preuve testimoniale pure et simple est formellement repoussée par l'article 2044, et que le commencement de preuve par écrit n'a d'effet que pour les conventions portant sur des chiffres supérieurs, tandis qu'elle pourra être prouvée par témoins, moyennent commencement de preuve par écrit, lorsqu'elle aura pour objet une somme dépassant 150 francs.

Telle est la conséquence de la doctrine admise par la Cour de cassation : preuve par écrit absolument obligatoire au-dessous de 150 francs; preuve testimoniale admissible au-dessus de ce chiffre.

Les principes ne sont-ils pas renversés?

La loi se montre très-défiante à l'égard de la preuve par témoins. Elle ne l'admet que pour de faibles sommes, et ne consent à lui accorder une autorité au delà de 150 francs que s'il existe déjà un commencement de preuve par écrit. C'est donc fausser la loi que de renverser cet ordre de choses et d'établir que la preuve testimoniale sera admise pour de fortes sommes et non pour les plus petites.

Et l'on n'aura sans doute pas la pensée d'appliquer l'article 1347 à des cas pour lesquels il n'a point été fait, et d'admettre la preuve par témoins, moyennant commencement de preuve par écrit, pour des transactions dont l'intérêt serait inférieur à 150 francs. Il résulte trop clairement de l'esprit et du texte de la loi que le commencement de preuve par écrit n'a d'effet qu'au delà du maximum de 150 francs, fixé par l'article 1341 pour l'admissibilité de la preuve testimoniale pure et simple.

Digitized by Google

Après avoir ainsi démontré l'inadmissibilité du principe posé dans l'arrêt du 28 novembre, par l'inadmissibilité de ses conséquences, arrivons directement à la base sur laquelle la Cour de cassation a édifié sa doctrine, et essayons de prouver que cette base manque de solidité.

Tout gît, pour la Cour suprême, dans le rapprochement de deux textes : l'article 2044 dit que la transaction doit être rédigée par écrit, mais l'article 1341 le dit aussi de tous les contrats en général, et les deux articles sont aussi formels l'un que l'autre; or si l'article 1341 n'exclut pas la preuve par témoins lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, pourquoi l'article 2044, qui n'est ni plus formel ni plus absolu, serait-il plus difficile? — Telle est, en résumé, l'argumentation sur laquelle repose l'arrêt du 28 novembre.

On aperçoit tout de suite où est l'erreur : il n'est pas exact de dire que les deux articles 2044 et 1341 soient aussi formels et aussi absolus l'un que l'autre.

L'article 2044 est tout à fait formel et tout à fait absolu : la transaction doit toujours être rédigée par écrit.

L'article 1341, au contraire, admet des exceptions et des tempéraments. Il prescrit, en principe, qu'il doit être passé acte de toutes conventions, mais il en excepte le cas où l'objet du contrat sera d'une valeur inférieure à 150 francs, et il stipule que, dans ce cas, la preuve par témoins sera admissible. L'article 1347 vient même pousser plus loin cette exception à la règle fondamentale de l'article 1341, en établissant que la preuve testimoniale sera encore admissible lorsque, l'objet du contrat étant d'une valeur supérieure à 150 francs, il y aura commencement de preuve par écrit. Cette disposition de l'article 1347 n'est qu'une extension donnée à l'exception de l'article 1341, à la faveur d'un commencement de preuve par écrit.

Mais les exceptions sont de droit étroit et ne sauraient être suppléées; on ne peut donc point prêter à l'article 2044, qui est spécial aux transactions, celles que la loi n'a édictées que pour la règle générale de l'article 1341, applicable dans les cas ordinaires et lorsqu'une disposition spéciale n'en a pas autrement ordonné. D'ailleurs, si l'extension donnée par l'article 1347 au principe de l'admissibilité de la preuve testimoniale profite à la doctrine de l'arrêt du 28 novembre, ce principe

Digitized by Google

lui-même, posé dans l'article 1341, lui suscite, ainsi que nous l'avons déjà dit, de graves embarras, car il ne saurait être admis qu'en détruisant le texte de l'article 2044 et en établissant que la transaction peut être prouvée par témoins, quand son objet ne dépasse pas 150 francs.

Il faut restreindre dans de justes limites ce que peuvent avoir de commun les deux dispositions invoquées. Les principes généraux posés dans les articles 2044 et 1341 sont identiques, cela est vrai, ainsi que le dit l'arrêt du 28 novembre; mais il y a cette différence considérable que le texte de l'article 2044 n'admet aucune exception pour le cas particulier auquel il s'applique, tandis que l'article 1341 en connaît plusieurs; et ce serait à tort que l'on voudrait attribuer à l'article 2044, qui doit rester absolu, une exception édictée pour l'article 1341 seulement.

Tout en déclarant que le simple rapprochement des deux textes indiqués par la Cour de cassation suffit pleinement pour la justification de sa thèse, M. Paul Pont a voulu chercher d'autres rapprochements dans les applications spéciales; mais les articles 1582, 1834 et 1923 du Code Napoléon, que l'examen doctrinal a invoqués, ne sont peut-être pas très-probants.

Ces trois articles, faisant application à la vente, à la société et au dépôt volontaire du principe général posé dans l'article 1341 du titre des Contrats et obligations conventionnelles, déclarent que ces trois contrats spéciaux doivent être rédigés par écrit lorsqu'ils ont pour objet une valeur supérieure à 150 francs. Ils indiquent à la fois et le principe et les exceptions relatives à la preuve testimoniale.

Rien de pareil ne se présente dans l'article 2044, dont le principe reste absolu, sans admettre les exceptions imposées à la règle de l'article 1341. L'article 2044 veut que la transaction soit toujours prouvée par écrit, même lorsqu'elle ne porte que sur une valeur au-dessous de 150 francs.

L'exception relative à l'admission de la preuve testimoniale, pour les valeurs inférieures à 150 francs, se trouve formellement mentionnée dans les articles 1582, 1834 et 1923, comme dans l'article 1341, et c'est ce qui ne permet pas de douter que les trois premiers ne soient la consécration pure et simple du principe et des exceptions posés dans les articles 1341 et suivants, ayant trait à l'admission de la preuve testimonale. Mais

Digitized by Google

aucune exception n'est posée dans l'article 2044 qui reste absolu, et l'on ne peut lui faire subir aucune exception sans sortir du texte de la loi, et qu'il nous soit permis d'ajouter, sans fausser son esprit.

Il n'est pas possible, en effet, de contester que la disposition de l'article 1347 ne soit une extension de la réserve contenue dans l'article 1341. Le principe général est que les contrats doivent être prouvés par écrit; mais exceptionnellement la preuve testimoniale est admise pour les valeurs inférieures à 150 francs, et même pour les valeurs supérieures lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit. Cette seconde disposition n'est qu'une extension de la première, et elles forment ensemble un tout indivisible. C'est donc bien à tort que l'on voudrait isoler l'article 1347 de l'article 1341, de manière à laisser subsister le premier, alors que le second serait reconnu inapplicable. Ainsi que nous l'avons déjà dit, cette manière d'envisager l'article 1347 aboutirait à cette conséquence singulière, que la preuve testimoniale, avec commencement de preuve par écrit, serait admise, en matière de transactions, pour de fortes sommes, tandis que dans aucun cas, même avec un commencement de preuve par écrit, elle ne pourrait être admise pour les faibles valeurs, ce qui est en contradiction flagrante avec l'esprit de nos lois sur la preuve testimoniale, qui, pleines de défiance, ne l'ont admise que pour de faibles sommes, et n'ont consenti à lui laisser dépasser 150 francs qu'à la condition qu'elle ne serait pas seule à prouver et qu'il y aurait déjà un commencement de preuve par écrit.

Non-seulement la doctrine professée par l'arrêt du 28 novembre est en contradiction avec l'esprit de nos lois sur la preuve testimoniale, mais encore elle tend à fausser l'esprit des dispositions relatives aux transactions.

Il ressort clairement du langage tenu par le tribun Albisson que le législateur a entendu créer pour la transaction une situation particulière, et ne pas soumettre ce contrat, pour la preuve à faire de son existence, aux règles posées dans le titre des Contrats et obligations conventionnelles, et notamment dans les articles 1341 et 1347 : « La seule *condition* que le pro-« jet *ajoute*, dit Albisson, et qui devait l'être par rapport à la « *nature particulière* de la transaction, c'est qu'elle soit rédigée « par écrit; ce qui est infiniment sage, car la transaction de-

Digitized by Google

« vant *terminer* un procès, c'eût été risquer d'en faire naître « un nouveau que d'en laisser *dépendre l'effet* de la solution « d'un *problème sur l'admissibilité ou les résultats d'une preuve « testimoniale.* »

Ne résulte-t-il pas de ces paroles qu'au point de vue qui nous occupe la transaction est un contrat d'une *nature particulière*, qu'à raison de cette nature particulière le législateur a *ajouté cette condition*, qui n'existe pas dans les autres contrats, que la transaction serait toujours *rédigée par écrit*, et qu'il a formellement proscrit toute preuve testimoniale, puisqu'il n'a pas voulu que l'on pût discuter sur l'*admissibilité* ou les *résultats* de cette preuve, ni en faire *dépendre l'effet* de la transaction.

L'intention du législateur ne paraît pas douteuse, et il est peut-être hors de propos de rechercher si les motifs qu'il allègue sont légitimes, car il s'agit ici d'interpréter la loi, et non de la critiquer. Suivons néanmoins sur ce terrain la doctrine de l'arrêt du 28 novembre.

M. Paul Pont déclare qu'il ne voit pas quels sont les motifs qui pourraient porter l'article 2044 à déroger aux dispositions générales des articles 1341 et 1347, et à faire de la transaction une convention qui, étant moins qu'un contrat solennel et plus qu'un contrat ordinaire, constituerait une véritable anomalie. Mais les paroles du tribun Albisson, que nous venons de citer, répondent à ces deux reproches.

Il est certain, d'abord, que cette dérogation aux principes généraux est basée sur des considérations que le rapport déclare infiniment sages. Lorsqu'un procès existe, il est dans la nature des choses qu'il soit porté devant les tribunaux. Que si les parties veulent *terminer* elles-mêmes leur contestation, rien ne s'y oppose; mais la loi veut que, dans ce cas, le contrat qu'elles passeront ne puisse plus donner lieu à aucune difficulté, et qu'il soit toujours rédigé par écrit, quelle que soit l'importance des valeurs contestées. Admettre la preuve testimoniale, avec ou sans commencement de preuve par écrit, c'eût été s'exposer à compliquer le procès primitif au lieu de le *terminer*, et, comme le disait le tribun Albisson, à en faire naître un nouveau plus difficile à résoudre que le premier. Ainsi, de deux choses l'une : ou le procès suivra son cours, et la justice prononcera; ou les parties transigeront, et alors tout sera

Digitized by Google

consigné par écrit, pour qu'il n'y ait plus de contestation possible.

D'un autre côté, la transaction n'est pas une anomalie dans notre droit. Elle n'est pas certainement un contrat solennel, et M. Paul Pont constate lui-même que ce n'est que *tantùm ad probationem* que l'article 2044 exige l'écriture; mais rien n'empêche qu'un motif spécial, comme celui qu'indique le tribun Albisson, introduise dans la théorie de ce contrat une règle spéciale. L'alternative posée n'est pas inévitable. Il n'est pas indispensable qu'un contrat soit, ou tout à fait solennel, ou tout à fait ordinaire. Entre ces deux termes extrêmes se placent plusieurs contrats, et notamment la transaction, qui n'ont rien de solennel, mais qui se distinguent des contrats ordinaires par quelques règles spéciales, dérivant de circonstances particulières ou de motifs spéciaux.

S'il est ainsi démontré que l'arrêt du 28 novembre ne s'explique pas en droit, il n'est pas moins facile d'établir, et c'est là sa justification, qu'il a subi les inspirations de l'équité, et qu'il a eu pour but, ainsi que le déclare M. Paul Pont, de ne pas favoriser l'injustice et la mauvaise foi.

Dans l'espèce, en effet, il paraissait souverainement injuste que la demanderesse, qui avait la preuve écrite de son traité et de son droit, perdît le fruit de vingt-cinq années de travail, parce qu'elle n'avait pas fait établir la transaction en deux originaux. Il était certainement équitable qu'elle obtînt gain de cause, et que les héritiers contre lesquels elle plaidait ne pussent se soustraire au payement d'une somme qu'ils s'étaient engagés par écrit à acquitter. De là l'idée qu'avait eue la Cour de Colmar, et que la Cour de cassation s'est appropriée, de faire servir le titre, non valable pour vice de forme, de commencement de preuve par écrit, et d'admettre la preuve testimoniale pour compléter ce que ce titre avait de défectueux.

Mais il n'était pas nécessaire de prendre cette voie illégale pour arriver à une solution équitable. La transaction pouvait tomber, sans compromettre les droits de la demanderesse, et la rédaction de la convention en un seul original ne pouvait invalider que la convention elle-même, sans nuire aux droits sur lesquels elle était basée. Il fallait distinguer entre la transaction et le procès. Devant une transaction valable, le procès tombe, et le demandeur n'a que l'action qui naît du contrat

Digitized by Google

portant transaction. Que si la transaction n'est point valable, pour un motif quelconque, elle ne peut éteindre le procès, qui survit à l'annulation de la transaction, et vient devant les tribunaux, comme s'il n'eût jamais été question de transiger.

Ainsi, dans l'espèce actuelle, la transaction devait être déclarée non valable et de nul effet, comme n'étant pas régulièrement rédigée par écrit, sous seing privé, en deux originaux; et, dès lors, le procès primitif renaissant sous son ancienne forme, les tribunaux n'avaient plus qu'à reconnaître le droit de la demanderesse et à déclarer quelle était la somme due, comme s'il ne se fût jamais agi de transaction. Le chiffre de 2,500 francs devait disparaître avec le titre nul qui seul l'établissait, et les tribunaux reprenaient le droit de fixer en pleine liberté le montant des gages.

Pourquoi prendre des moyens détournés pour valider une transaction irrégulière, lorsqu'on peut arriver légalement au même résultat en consignant dans un jugement les conditions de la transaction.

Il n'est pas rare de voir les auteurs et la jurisprudence céder ainsi à des considérations tirées de l'équité naturelle au détriment des principes rigoureux du droit; mais, en y regardant de près, on ne tarde pas à se convaincre que le sacrifice des principes est aussi dangereux qu'inutile, et que le droit est d'accord avec l'équité. J. LATREILLE.

Réponse à l'article qui précède.

Par M. Paul Pont.

J'avais eu d'abord la pensée de ne rien écrire en réponse aux critiques dirigées par M. Latreille, tant contre l'une des solutions consacrées par la Cour de cassation dans son arrêt du 28 novembre 1864, que contre l'examen doctrinal dont cet arrêt a été l'objet de ma part dans cette *Revue* (t. XXV, p. 487 et suiv.). Mais en revenant sur un mot placé par mon contradicteur au début de son article j'ai changé de résolution.

M. Latreille entrevoit que sa protestation sera suivie de beaucoup d'autres, tant elle lui semble fondée, et tant il lui paraît *aisé* de démontrer par le texte et par l'esprit de la loi que les

Digitized by Google

preuves écrites sont les seules que l'on puisse invoquer pour établir l'existence des transactions. Pour moi, profondément imbu, comme je le suis, de l'idée que tout en écartant, en principe, la preuve testimoniale pour la transaction, il y faut cependant réserver le cas exceptionnel de l'article 1347, j'estimais, au contraire, que la démonstration de la solution opposée n'est rien moins que facile, d'autant plus que la doctrine fournit peu de secours, les auteurs, qui se sont transmis cette solution, n'ayant guère procédé, jusqu'à ce jour, que par simple affirmation. J'ai donc été frappé de l'appréciation toute différente de mon contradicteur; et m'en étant rendu compte je n'ai pu résister au désir de dire comment il est arrivé à se dissimuler les difficultés de la tâche : ce sera surtout l'objet des observations qui vont suivre.

Le procédé apparaît, d'ailleurs, dès les premières lignes de la dissertation.

M. Latreille veut tout d'abord mettre en lumière l'antinomie qui existerait, selon lui, entre l'article 2044 du Code Napoléon et l'arrêt du 28 novembre; et voici comment il précise les choses : « *En somme*, que dit l'article 2044 du Code Napoléon? — que toute transaction *doit nécessairement être prouvée par écrit*. — Que dit, au contraire, l'arrêt du 28 novembre? — que la preuve par écrit *n'est pas nécessaire, et que la preuve testimoniale peut être admise*. — N'est-ce pas contradictoire? »

C'est, en vérité, se mettre trop à l'aise avec les textes! J'en demande pardon à mon contradicteur : ni l'article 2044 ni l'arrêt du 28 novembre ne disent, *même en somme*, ce qu'il lui convient de leur faire dire.

L'article 2044 ne dit pas que toute transaction *doit nécessairement être prouvée par écrit;* il dit simplement que la transaction *doit être rédigée par écrit*. — D'un autre côté, l'arrêt du 28 novembre ne dit pas que la preuve par écrit n'est pas nécessaire et que la preuve testimoniale peut être admise; il dit simplement que la transaction, quoiqu'en principe elle doive être écrite, pourra néanmoins être prouvée par témoins, *s'il en existe un commencement de preuve par écrit*.

Les textes ainsi rétablis, je demande à mon tour si les deux propositions sont contradictoires; et je défie qu'on réponde affirmativement, à moins que l'on n'accuse le législateur de s'être contredit lui-même, lorsqu'après avoir dit, par l'article 1341,

Digitized by Google

qu'*il doit être passé acte* de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs, il a admis, d'après l'article 1347, que néanmoins la preuve peut être faite par témoins lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit.

Mais suivons. — M. Latreille pense, d'ailleurs à très-juste raison, que c'est un bon et utile moyen d'apprécier une doctrine que d'en juger d'après ses résultats. Donc, avant d'aborder la discussion même de la question, il demande à ma solution ce qu'elle vaut en l'interrogeant dans ses effets directs. Bien entendu, M. Latreille trouve à relever des conséquences qui seraient la négation de toutes les règles sur la preuve testimoniale. Et voici, sur ce point, sa thèse en résumé : le commencement de preuve par écrit dont parle l'article 1347 *n'a d'effet que pour les conventions portant sur des chiffres supérieurs à 150 francs.* Or, admettez, à côté de cela, la solution consacrée par l'arrêt du 28 novembre, et il en résulte nécessairement que les petites transactions, celles dont l'importance ou l'intérêt restera au-dessous de 150 francs, ne pourront jamais, fussent-elles appuyées d'un commencement de preuve par écrit, être prouvées autrement que par titres, tandis que les grosses transactions pourront, au moins à la faveur d'un commencement de preuve par écrit, être prouvées par témoins. C'est le renversement de l'ordre établi par la loi dont la pensée a été, au contraire, de prohiber le témoignage oral en principe, et de ne le laisser se produire que dans les affaires de la plus minime importance.

Mais, en ceci encore, M. Latreille se montre trop facile à se dégager des gênes et des entraves de la loi, et il en use maintenant avec l'article 1347 comme tout à l'heure il en usait avec l'article 2044. Je sais bien que mon contradicteur a, sur les articles 1341 et 1347, une théorie qui lui est toute personnelle et dont il a certainement subi l'influence en relevant les prétendues conséquences au moyen desquelles il entend détruire à l'avance mes propositions. Néanmoins, en attendant que je m'explique sur cette théorie, je constate que l'article 1347 ne dit en aucune façon ce que M. Latreille suppose. Cet article s'explique en termes généraux ; il pose d'une manière absolue, sans restriction ni réserve, l'exception qu'il fait aux règles prohibitives de la preuve testimoniale. Il implique

Digitized by Google

donc l'idée qu'*en toute hypothèse* où cette preuve serait inadmissible en principe, il y aura lieu de réserver le cas où l'on pourrait s'autoriser d'un commencement de preuve par écrit; et c'est en ce sens que l'article est entendu par les auteurs [1]. Ainsi, le point de départ même fait défaut à mon contradicteur, et sa conclusion reste sans prémisses. Non, de ce que, sur la foi d'un commencement de preuve par écrit, on pourrait admettre la preuve testimoniale d'une transaction dont l'intérêt est supérieur à 150 francs, il ne résulterait pas que, nonobstant le commencement de preuve par écrit, on dût rejeter la preuve par témoins d'une transaction dont l'intérêt serait moindre. C'est le contraire précisément qui résulte des termes généraux de l'article 1347. Si donc il faut décider en principe que la preuve testimoniale n'est jamais autorisée en matière de transaction, quelque minimes que soient les intérêts à l'occasion desquels le contrat est intervenu, il n'y a pas à distinguer, au point de vue où nous sommes placés, entre les grosses et les petites transactions : elles sont toutes également et au même titre admises au bénéfice de l'article 1347. Telle est la loi. Et quand M. Latreille suppose le contraire pour se donner l'occasion de déduire des conséquences dont l'inadmissibilité même démontrerait par avance, selon lui, l'inadmissibilité de ma thèse, il modifie les conditions de la loi pour le besoin de sa cause, il fait une supposition toute gratuite, et le but qu'il croit atteindre est par là même complétement manqué.

C'est assez s'arrêter aux préliminaires : il faut arriver au fond même du débat.

Selon M. Latreille, dire de la transaction qu'elle peut être prouvée par témoins, lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, c'est se mettre en contradiction avec le texte de la loi sur la preuve testimoniale (art. 1341 et 1347), et, de plus, c'est fausser la pensée du législateur relativement aux transactions (art. 2044). Ce sont assurement de graves reproches! Voyons comment ils sont justifiés.

Et d'abord, quant à la lettre de la loi, l'argumentation de mon contradicteur peut être ramenée à des termes fort simples.

[1] V. notamment MM. Aubry et Rau, 3e édit., t. VI, p. 449.

Digitized by Google

Pour lui, les articles 1341 et 1347 forment une seule et même disposition, le premier faisant à la prohibition de la preuve testimoniale une exception que le second aurait simplement étendue. « Il n'est pas possible, dit-il en effet, de contester que la disposition de l'article 1347 ne soit une extension de la réserve contenue dans l'article 1341. Le principe général est que les contrats doivent être prouvés par écrit, mais exceptionnellement la preuve testimoniale est admise pour les valeurs inférieures à 150 francs et même pour les valeurs supérieures, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. *Cette seconde disposition n'est qu'une extension de la première, et elles forment ensemble un tout indivisible.* C'est donc bien à tort que l'on voudrait isoler l'article 1347 de l'article 1341, de manière à laisser subsister le premier alors que le second serait reconnu inapplicable... » Voilà le point de départ. Cela posé, on entrevoit aisément et tout de suite la conclusion : l'article 2044 diffère de l'article 1341 en ce qu'il ne fait pas la réserve contenue dans ce dernier article; par cela même il exclut l'exception au principe de l'inadmissibilité de la preuve testimoniale en faveur des contrats engageant un intérêt au-dessous de 150 francs; et par une conséquence ultérieure il exclut en même temps la preuve testimoniale appuyée d'un commencement de preuve par écrit, seconde exception qui se lie à la première, qui se confond avec elle, qui fait corps ou forme avec elle un tout indivisible. La doctrine de mon contradicteur est toute là : c'est avec cet argument qu'au point de vue du texte il entend renverser, soit l'assimilation établie par la Cour de cassation entre l'article 2044 et l'article 1341, assimilation sur laquelle repose exclusivement l'arrêt du 28 novembre, soit le rapprochement par moi indiqué entre la disposition générale de ce dernier article et certaines applications spéciales qui en ont été faites par le législateur lui-même.

Mais, n'en déplaise à mon contradicteur, cette fois encore il ne renverse rien que l'économie de la loi. Et vraiment je me demande pourquoi, puisqu'il était en chemin, il n'est pas allé jusqu'au bout. Car enfin après l'article 1347 nous avons l'article 1348 qui nous dit, entre autres choses, que les règles sur la preuve testimoniale reçoivent encore exception, 4° au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de

Digitized by Google

preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. Si l'article 1347 est simplement, dans sa disposition exceptionnelle, une extension de l'exception prétendue de l'article 1341, l'article 1348 est évidemment, au même titre, une autre extension de cette même exception, C'est le complément naturel et nécessaire de la doctrine de M. Latreille. En sorte que cet article 1348 se réunissant aux deux autres et formant avec eux un tout indivisible, il se trouvera que l'article 2044, en ne reproduisant pas la réserve contenue dans l'article 1341, aura enlevé à la transaction le bénéfice de l'article 1348 par la même raison que, d'après M. Latreille, il lui a enlevé le bénéfice de l'article 1347. Je ne sais pas ce qu'en pense mon contradicteur; mais je sais bien que les adversaires les plus résolus de la preuve testimoniale appliquée à la transaction ne vont pas jusque-là.

Quoi qu'il en soit, il est certain que M. Latreille a imaginé, pour le besoin de sa démonstration, une théorie à laquelle, sous prétexte d'établir *par la lettre de la loi* l'erreur prétendue de la solution qu'il conteste, il a sacrifié lui-même et la lettre de la loi et la raison ou la logique des choses. Que l'on ait considéré l'admissibilité de la preuve testimoniale des faits juridiques dont l'objet ne dépasse pas 150 francs comme une *exception* à la règle générale de la prohibition de cette preuve, la chose est possible, et je ne veux pas le rechercher. Je crois plus vrai, pour ma part, de dire que l'article 1341, quant au premier des deux principes qu'il consacre, pose une règle *limitée*, comme toutes les dispositions qui précisent une mesure de temps ou qui fixent un taux, par exemple celles qui déterminent le dernier ressort ou le délai des prescriptions, et qu'il n'y a aucune raison de voir là à la fois une règle et une exception. Dans le sujet dont je m'occupe, par exemple, la règle, jusqu'à l'ordonnance de Moulins, était que la preuve testimoniale était admise sans limites, et passait même avant la preuve littérale : *témoins passent lettres*. L'ordonnance de Moulins changea les choses en vue d'obvier aux inconvénients qui s'étaient produits; elle déclara que désormais il serait passé acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de 100 livres; la disposition fut confirmée par l'ordonnance de 1667 et elle a été reproduite par le Code Napoléon, sauf l'élévation du chiffre à 150 francs. Il en résulte que dans cette mesure il doit être passé acte de toutes

Digitized by Google

choses, en ce sens, du moins, qu'en général la preuve testimoniale d'une convention dont l'objet dépasse 150 francs n'est pas admissible. Voilà la règle dans son ensemble.

Mais en supposant qu'on puisse la décomposer, et y voir, comme règle, la prohibition de la preuve testimoniale, et, comme exception, l'admissibilité de cette preuve pour toutes choses n'excédant pas les sommes ou valeurs de 150 francs, c'est assurément ajouter à la loi que d'y introduire cette solidarité que M. Latreille entend établir entre l'exception prétendue de l'article 1341 et l'exception bien réelle de l'article 1347. Ceci est une théorie toute personnelle à mon contradicteur. On a pu, dans une certaine mesure et à certains égards, rattacher ces deux articles l'un à l'autre; mais personne, jusqu'à M. Latreille, n'avait imaginé de lier les deux exceptions indissolublement, de faire de ces deux exceptions (auxquelles M. Latreille est condamné par la logique de son système à joindre celle de l'article 1348) un tout *indivisible*, de fondre tous ces textes, en quelque sorte, dans une seule et même disposition qui, appliquée dans une de ses parties, serait par cela même forcément applicable dans toutes les autres. Je vois bien les nécessités auxquelles mon contradicteur a obéi en édifiant ce système : mais c'est ici surtout que la nécessité ne légitime pas, et il en faut venir à la réalité des choses. Or la réalité, c'est que l'article 1347 se détache très-nettement de l'article 1341 : comme l'article 1348, il a sa portée, sa signification, son existence indépendante; l'exception qu'il a pour objet, loin de se lier à celle qu'on fait résulter de la réserve contenue en l'article 1341, est établie, comme celle de l'article 1348, dans un ordre d'idées absolument différent. La formule même de la loi en est déjà un indice certain; car lorsque après avoir posé le principe avec ses développements dans l'article 1341 et dans les cinq articles qui suivent, elle annonce, soit dans l'article 1347, soit dans l'article 1348, que les règles ci-dessus *reçoivent exception*, elle ne manifeste rien moins que la pensée de statuer *en conséquence* de ce qui précède. Et les dispositions elles-mêmes fournissent la preuve complète; car autoriser la preuve testimoniale exceptionnellement, soit dans le cas où il y aura commencement de preuve par écrit, soit en cas de perte du titre dans les conditions déterminées, ce n'est ni compléter ni étendre l'idée que jusqu'à la valeur

Digitized by Google

de 150 francs, l'existence d'une convention pourra être prouvée par témoins.

Il n'y a donc pas, cela est évident, entre l'article 1347 et l'article 1341 la solidarité et l'indivisibilité que M. Latreille suppose. Or retranchez cela, et son argumentation reste sans base. Selon lui, l'article 2044 du Code Napoléon, par cela seul qu'en consacrant la nécessité de l'écriture pour la preuve des transactions, il garde le silence sur la réserve contenue en l'article 1341, aurait enlevé à la transaction le bénéfice de *toutes les exceptions* à la règle prohibitive de la preuve testimoniale, et par conséquent celle de l'article 1347 aussi bien que celle de l'article 1341 lui-même. Eh bien! l'argument s'évanouit dès que, au lieu d'être liées par cette indivisibilité qui est l'unique fondement de la thèse, ces dispositions ont chacune leur objet distinct et nettement précisé.

En définitive, l'article 2044 veut que toute transaction soit rédigée par écrit : c'est le rappel du principe posé par l'article 1341 pour les conventions en général. Mais, à la différence de ce dernier article, il ne fait pas de réserve au profit des transactions dont l'objet n'excédera pas les sommes ou valeurs de 150 francs. Qu'est-ce qui ressort raisonnablement de là? Peut-être un doute; mais tout au plus une seule induction, à savoir que par rapport à la transaction la prohibition de la preuve testimoniale ne s'arrête pas à cette limite de 150 francs mise à la règle prohibitive par l'article 1341. Et c'est ce que M. Zachariæ a exprimé avec une grande autorité de raison. « La *seule question* sur laquelle il puisse s'élever quelques doutes est celle de savoir si l'article 2044 *ne fait que reproduire la disposition de l'article* 1341, *ou s'il s'étend en même temps aux transactions dont l'objet est inférieur à* 150 *francs*. Sur ce point, l'opinion suivant laquelle l'article 2044 étend à cet égard la disposition de l'article 1341 aux transactions dont l'objet est inférieur à 150 francs, paraît mériter la préférence, car, bien qu'une loi spéciale soit *strictissimæ interpretationis*, l'article 2044 est pourtant conçu en termes trop précis et trop généraux pour qu'il y ait une raison suffisante d'en limiter la portée par application de cette règle [1]. »

Maintenant cet article 2044, qui ne dit pas un mot de l'arti-

[1] V. l'édition de MM. Massé et Vergé, t. V, p. 85 et 86, note 6.

Digitized by Google

cle 1347, fait-il obstacle à l'application de cet article 1347 aux transactions? C'est là une autre question. Elle se distingue de la précédente; elle en est tout à fait indépendante, car elle touche à un autre ordre d'idées. Et, en effet, M. Zachariæ, en même temps qu'il se prononce comme on vient de le voir sur la première, répond à celle-ci en ces termes : « Il ne paraît pas douteux que la disposition de l'article 1347 ne soit applicable aux transactions. Si, en effet, l'article 2044 contient une dérogation à la règle de l'article 1341, *cette dérogation ne doit pas être étendue au delà de la portée qu'elle a d'après les termes de cet article... Or l'article* 2044 *ne contient absolument rien qui puisse former obstacle à l'application de l'article* 1347 *aux transactions*[1]... »

C'est là une interprétation; ce n'est rien de plus. M. Latreille peut ne pas la goûter; mais quand il l'attaque comme contraire *à la lettre de la loi*, je trouve que les rôles sont étrangement renversés; et je laisse à qui voudra faire une appréciation sans parti pris le soin de dire lequel est le plus fidèle à la lettre et lui témoigne le plus de respect, de celui qui laissant les dispositions de la loi à leur place les prend l'une après l'autre dans l'ordre d'idées qui lui est propre, ou de celui qui, pour les conformer aux nécessités de sa cause, y introduit de vive force cette théorie, inconnue jusqu'ici, de l'indivisibilité des exceptions à la règle prohibitive de la preuve testimoniale.

J'arrive au second reproche formulé par mon contradicteur : l'opinion que j'ai soutenue sous l'autorité imposante de la Cour de cassation fausserait la pensée et l'esprit de la loi en matière de transaction. Ici M. Latreille n'apporte pas d'élément nouveau dans le débat : mais comme tous les auteurs qui avant lui ont émis l'opinion qu'il accepte, il exagère le document dont il s'autorise, il en détourne le sens et en étend la portée. Sa preuve est empruntée aux travaux préparatoires du Code, non pas aux discussions du Conseil d'État qui ne contiennent pas un mot sur le point en question, non pas même à l'Exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu, qui est également muet, mais au rapport d'Albisson au Tribunat, dans lequel seulement on trouve l'observation invariablement reproduite ou mise en

[1] V. M. Zachariæ, *loc. cit.*

Digitized by Google

avant par les auteurs qui ont eu à traiter de la transaction. — il y a d'abord cette question qu'on pourrait se faire : le tribun Albisson a-t-il connu seul la pensée de la loi, et en est-il, lui seul, le véritable interprète? Voici ce qu'en dit Merlin[1] : « L'article 2044 du Code civil introduirait une grande innovation dans la jurisprudence, si, par cela seul qu'il veut que la transaction soit rédigée par écrit, il entendait en prohiber la preuve par témoins, nonobstant les commencements de preuve littérale qui en seraient produits. Et comment imaginer qu'une innovation aussi importante, si elle était, comme l'a pensé M. Albisson, la conséquence nécessaire *de la nature particulière de la transaction*, n'eût frappé que lui seul? Comment imaginer qu'elle n'eût pas été remarquée et signalée à grands traits, avant lui, par l'orateur du gouvernement (M. Bigot de Préameneu), dans l'*Exposé des motifs*, et après lui, par l'orateur du Tribunat même (M. Gillet), dans le discours par lequel il a proposé au Corps législatif l'adoption du titre des Transactions? Comment imaginer que ni l'un ni l'autre n'eussent dit un seul mot sur ces termes de l'article 2044, *la transaction doit être rédigée par écrit?* Comment imaginer qu'ils eussent, l'un et l'autre, reconnu implicitement, par leur silence absolu sur ces termes, qu'il n'en résulte aucune différence, quant à la nécessité de la rédaction par écrit, entre (la) transaction et les autres contrats? Enfin, comment ne sentirait-on pas (que de) ce que l'orateur du Tribunat n'a pas reproduit devant le Corps législatif l'idée de M. Albisson, sur la prétendue influence que *la nature particulière de la transaction* aurait eue sur l'emploi de ces mêmes termes dans l'article 2044, il résulte clairement que cette idée avait été rejetée comme un paradoxe par le Tribunat? »

Mais je ne vais pas jusque-là. Je ne rejette pas aussi absolument les observations du tribun Albisson. Pourquoi? Parce que, si elles sont quelque peu exagérées dans l'expression, elles n'ont pas du moins, au fond, la signification et la portée que les auteurs, trompés par les indications de Merlin, ont généralement supposées.

D'une part, le tribun Albisson exagère en supposant que la transaction, destinée qu'elle est à *terminer* un procès, ne

[1] V. Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Transaction*, § 8, n° 3.

Digitized by Google

peut jamais dépendre dans ses effets d'un autre procès qui mettrait en question la preuve de son existence. Il résulterait de là que ni l'aveu, ni le serment, ni la vérification d'écriture ne pourraient être admis ou ordonnés en justice pour prouver le fait de la transaction dans le cas où celui à qui elle est opposée n'en reconnaîtrait pas l'existence ou contesterait la vérité de la signature qui y serait apposée. Or l'aveu, le serment, la vérification d'écriture sont reconnus à peu près unanimement par les auteurs comme des moyens propres à prouver la réalité en fait d'une transaction dont l'existence est en question.

D'une autre part, au contraire, le tribun Albisson proclame avec raison la nécessité de l'écriture comme moyen de preuve de la transaction. Il est certain (et à cet égard je prendrai les termes de M. Latreille, et je soulignerai même les expressions qu'il lui a paru significatif de souligner) que la transaction est un contrat d'une *nature particulière;* que le législateur y a *ajouté la condition* qu'elle sera toujours *rédigée par écrit;* que la loi a proscrit la preuve testimoniale, ne voulant pas que l'on pût discuter sur l'*admissibilité* ou les *résultats* de cette preuve, ni en faire *dépendre l'effet* de la transaction. Mais tout cela ne dit rien de plus que ce que l'article 2044 dit lui-même; et il n'en résulte rien autre que ce qui résulte de cet article : tout cela montre clairement que lorsqu'une transaction est purement verbale, celui qui prétendrait s'en prévaloir ne pourrait pas suppléer à l'absence de la preuve littérale en offrant de prouver, par la seule voie de l'enquête, l'existence de la convention. Or ce n'est pas là notre question. Il s'agit pour nous de savoir si, par exception, celui qui aurait un commencement de preuve par écrit de la transaction dont il allègue l'existence serait ou non admissible, non plus à *faire* par témoins une preuve entière, mais à *compléter*, par ce moyen, la preuve qui est déjà faite en partie. Cette question, le rapport du tribun Albisson la laisse tout entière; il n'y touche pas plus que le texte de l'article 2044 du Code Napoléon. Et quand M. Latreille, comme ses devanciers d'ailleurs, pense avoir tout dit en rappelant que la transaction est un contrat d'une nature particulière et qu'il était sage d'exiger l'écriture comme moyen de preuve, il se trouve qu'il a tout simplement éludé l'objection!

Faut-il m'arrêter maintenant aux réflexions par lesquelles mon contradicteur termine sa critique? Je pourrais, en y insis-

Digitized by Google

tant, montrer qu'en cette partie encore le procédé est le même et que mon contradicteur y tient compte des faits à peu près comme il tient compte des arguments et des textes dans la partie doctrinale. Mais quand même je dirais, contrairement à son affirmation, que la transaction, dans l'espèce où sont intervenues les décisions qu'il critique avec tant de résolution et d'énergie, ne pouvait pas tomber sans que les droits de la partie qui la produisait en fussent compromis; quand j'établirais qu'il n'y avait pas à distinguer entre la transaction et le procès, le titre de la demande portée en justice étant la transaction elle-même avant laquelle il n'y avait pas de procès; quand je montrerais que le titre écarté, rien n'empêchait les défendeurs de contester la réalité d'un fait personnel à leur auteur, et que de leur côté ils pouvaient méconnaître et même ignorer; quand je ferais toucher au doigt que dans ce cas les juges n'auraient eu qu'à écarter une demande non justifiée; en quoi la solution du point de droit serait-elle plus ou moins avancée?

Je mets donc à l'écart cette partie du débat, et, en laissant à M. Latreille toute liberté de penser et de dire, soit qu'il a trouvé le véritable moyen de satisfaire à l'équité dans l'espèce, soit qu'en jugeant autre chose que ce qui était en question les juges seraient arrivés, *par la voie directe*, au but qu'en décidant la question même ils n'ont atteint que *par une voie détournée*, je reviens à ma thèse.

Je la place tout d'abord sous l'autorité de Portalis. En parlant de la vente, Portalis, l'un des rédacteurs les plus autorisés du Code, a dit que dans ce contrat, comme *dans tous les autres contrats ordinaires*, l'écriture est exigée comme preuve; qu'ainsi le contrat ne sera pas nul par cela seul qu'il n'aura pas été rédigé par écrit, si d'ailleurs il conste de son existence; que seulement il sera vrai de dire, *comme à l'égard des autres conventions*, que la preuve par témoins n'en doit point être admise, *à moins qu'il n'y ait des commencements de preuve par écrit*[1]. Et puis je demande si la transaction est un contrat *ordinaire* ou si elle est un contrat solennel. M. Latreille affirme qu'elle pourrait sans anomalie n'être ni l'un ni

[1] J'ai cité les observations textuelles de Portalis dans ma précédente dissertation. — V. t. XXV de cette *Revue*, p. 490.

Digitized by Google

l'autre. Je le veux bien, mais à la condition que le législateur s'en sera expliqué et aura placé ce contrat dans une catégorie à part. Est-ce là ce qu'il a fait? En aucune manière. A la vérité, par l'article 2044 il a exigé l'écriture comme moyen de preuve; mais en cela il a fait pour la transaction ce que par l'article 1341 il a fait pour les contrats en général, ce que par l'article 1582 il a fait pour la vente, par l'article 1834 pour la société, par l'article 1923 pour le dépôt, par l'article 2085 pour l'antichrèse, par l'article 311 du Code de commerce pour le contrat à la grosse, etc.

Or, de tous ces articles qui posent en principe, les uns avec la réserve de l'article 1341 (1834, 1923), les autres, quoi qu'en dise M. Latreille, sans cette réserve (1582, 2085 C. Nap., 311 C. comm.), la nécessité de l'écriture comme moyen de preuve, il n'y en a aucun qui soit exclusif de la preuve testimoniale quand il y a commencement de preuve par écrit, aucun dès lors qui ne laisse entière, par cela même qu'il n'en dit rien, la disposition de l'article 1347. Donc l'article 2044, qui se borne également à exiger l'écriture, n'est pas non plus exclusif de la preuve testimoniale avec commencement de preuve par écrit; car il est impossible que, sans en rien dire, il déroge à l'article 1347, quand tous les autres laissent cet article debout, par cela seul qu'ils n'en disent rien.

Telle est la thèse que j'ai soutenue. Je me réfère aux arguments que j'ai produits à l'appui. Ils restent toujours entiers, car ce n'est pas en les éludant que M. Latreille a pu les détruire.

Je demeure donc fermement convaincu de la vérité juridique de la solution consacrée par la Cour de cassation, et, au risque de paraître bien hardi à mon contradicteur, j'ose concevoir d'autres espérances que les siennes. Il croit que l'arrêt du 28 novembre ne rencontrera que des résistances. J'espère, au contraire, qu'il ramènera bien des opinions dissidentes; et, en ce cas, ce ne sera pas la première fois qu'en redressant la doctrine, la jurisprudence lui aura montré la bonne, la véritable voie.

PAUL PONT.

Digitized by Google

DES FRANÇAIS PAR NAISSANCE.

DISSERTATION

sur l'ensemble et l'enchaînement des articles 8, 9 et 10 du Code civil, et sur les lois des 22 mars 1849, 3 décembre 1849 et 7 février 1851.

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

(Extrait d'un *Nouveau Commentaire*, inédit, *du Titre* DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.)

SOMMAIRE.

I. Plan des prolégomènes de cette dissertation.

II. Notions historiques extraites de Pothier sur les Français de naissance. — Renvoi à Pothier sur l'ancienne naturalisation. — Renvoi à notre *Commentaire* de l'article 7 pour les lois intermédiaires au Code civil.

III. HISTOIRE DE LA FORMATION DE NOS TROIS ARTICLES. — Efforts au Conseil d'État pour qu'il n'y soit pas traité des enfants naturels dans la discussion.

IV. Efforts de M. Tronchet pour que la loi statue sur l'enfant né en France d'un père étranger. — Naissance d'un enfant de Français en pays étranger. — De l'enfant né en pays étranger d'un Français ayant perdu cette qualité. — Textes du projet.

V. Sur la forme et le lieu de la déclaration d'intention.

VI. Craintes que le projet ne favorisât trop les enfants d'émigrés. — Le mot *abdication* était-il le mot propre? *V. à la note.*

VII. Si les enfants nés en pays étranger d'un Français ayant perdu cette qualité auraient droit aux successions ouvertes avant la recouvrance? — Affirmative soutenue par Tronchet. — Opinion contraire du Conseil d'Etat. — Ceci roule sur l'article 10, et non sur l'article 9 qui n'existait pas encore.

VIII. COMMUNICATION OFFICIELLE AU TRIBUNAT. — Deux rapporteurs pour les deux parties du projet, M. Siméon et M. Thiessé. — Opposition contre le rétablissement de la mort civile.

IX. M. Siméon fait la critique de l'article 8; ses critiques le justifient.

X. Il reproche au titre de ne point définir les droits civils. — Réponse à l'objection.

XI. Il justifie pleinement l'article 10.

XII. Sur l'article 2 du projet « *Tout individu né en France est Français.* » — On n'y faisait pas d'opposition sérieuse, quoiqu'il ait disparu depuis.

XIII. Rejet du projet par le Tribunat. — Message qui retire le projet de

Digitized by Google

loi. — Établissement de la communication officieuse. — Mécanisme pour le faire concorder avec la constitution de l'an VIII.

XIV. Lors de cette communication officieuse, le Tribunat demande la suppression de l'article 2 du projet. — Cette prétermission du texte est-elle l'abrogation de l'ancienne maxime?

XV. Quelques règles d'interprétation. — Les règles de l'ancien droit français et du droit romain, tel qu'on l'appliquait en France, ne sont pas toutes abrogées par le Code civil. — Loi du 30 ventôse an XII. — Distinctions.

XVI. A l'opinion du Tribunat ou d'un tribun, on doit préférer dans l'interprétation l'opinion des conseillers d'État, exprimée dans la discussion ou dans les Exposés des motifs? — Limitations. — Les textes avant tout.

XVII. Ne point expliquer une loi abstraite ou générale par des titres subordonnés.

XVIII. Ne point s'inquiéter de l'effet des lois de la nation étrangère.

XIX. Étudier philosophiquement et grammaticalement le texte et le style de la loi.

XX. Division de nos explications en deux sections.

I. C'est à l'article 8 que commence véritablement la loi sur *la Jouissance et la Privation des droits civils.* L'article 7 n'était qu'une transition du droit constitutionnel de la France au droit civil des Français.

Nous devons donc profiter de ce que nous sommes sur le seuil de notre sujet (on pourrait même dire sur le seuil du Code civil), pour mettre sous les yeux du lecteur l'état ancien du droit français sur les matières comprises dans les articles 8, 9 et 10; sur la manière dont s'est formée la loi, et y joindre quelques observations sur les règles que nous croyons devoir suivre dans l'interprétation de ces articles, avant que de les expliquer.

II. Il nous sera facile d'être clair sur les notions historiques du droit qui a précédé 1789 : nous les empruntons à Pothier, *Traité des personnes, titre II. Division des personnes en régnicoles et aubains :* « Les citoyens ou régnicoles, les *vrais et naturels* français sont ceux qui sont nés dans l'étendue de la « domination française et ceux qui sont nés dans nos colonies, « ou même dans des pays étrangers....., où nous avons des « établissements pour la commodité de notre commerce. — « Des enfants nés dans un pays étranger d'un père français « qui n'a pas établi son domicile dans ce pays, et qui n'a pas

Digitized by Google

« perdu l'esprit de retour, sont aussi français ; — à plus forte « raison, celui qui serait né en pleine mer de parents français « doit-il être Français.

..... « Pour que ceux qui sont nés dans les pays de la domi- « nation française soient réputés Français, on ne considère pas « s'ils sont nés de parents français ou de parents étrangers, si « ces étrangers étaient domiciliés dans le royaume ou *s'ils « n'étaient que passagers.* Toutes ces circonstances sont indif- « férentes *dans nos usages :* la seule naissance dans ce royaume « donne les droits de naturalité, indépendamment de l'origine « des père et mère et de leur demeure.

..... « Pour qu'un enfant *né en pays étranger* soit Français, « faut-il que le père et la mère soient Français, ou suffit-il que « l'un des deux le soit indistinctement, ou, enfin, l'un des deux « doit-il être Français plutôt que l'autre? ..... Pour savoir « lequel des deux, ou du père ou de la mère, doit être Français « pour que l'enfant le soit, il faut distinguer si l'enfant est né « en légitime mariage ou non. S'il est né en légitime mariage, « il faut que le père soit Français pour que le fils le soit aussi. « Un enfant [légitime] né en pays étranger d'une Française « et d'un étranger serait réputé étranger, [car, la mère est « devenue étrangère par le mariage] ..... Si, au contraire, l'en- « fant n'est pas né en légitime mariage, il faut que la mère soit « Française [pour que l'enfant soit Français]. — Cette distinction « est une suite de la règle générale, qui veut que l'enfant qui « est né en légitime mariage suive la condition du père : *quum « legitimæ nuptiæ sunt, patrem liberi sequuntur,* et que celui « qui n'est pas né en légitime mariage suive la condition de « la mère : *vulgò quæsitus matrem sequitur,* L. 19, ff., *De statu « hom.* »

Dans tout ce que Pothier vient de dire, nous ne voyons en résultat que deux différences avec le Code civil : l'une, qu'aujourd'hui le père naturel français peut appeler à la qualité de Français l'enfant qu'il déclare être né, en pays étranger, de lui et d'une fille étrangère ; la seconde, que les articles 9 et 10 ont établi des règles et conditions sans lesquelles la qualité de Français ne peut être ni *réclamée* ni *recouvrée* par les enfants nés en France d'un étranger ou d'une étrangère qui auraient, au temps de la naissance, perdu l'état de Français, tandis que sous l'ancien droit ces règles et ces conditions n'avaient jamais

Digitized by Google

été *législativement* déterminées, et l'étaient souvent, suivant les espèces, par les arrêts des parlements et par les offres même des enfants qui demandaient en France les successions à eux échues en ligne directe, même pendant leur absence du territoire français.

Pour se faire une juste idée des effets de la naturalisation des étrangers en France sous l'ancien droit, il faut aussi lire Pothier, au même titre, section 3, intitulée *Comment les étrangers peuvent acquérir les droits de citoyens*. Ils devenaient Français, mais sous quelques conditions restrictives, tenant peut-être à l'économie politique des différentes époques. Nous ne devons pas en parler ici, parce que nous traiterons de la naturalisation après l'explication complète des articles 8, 9 et 10.

Pour ne pas omettre le droit intermédiaire de 1789 au Code civil sur la qualité de Français, nous renverrons à ce que nous avons dit sur l'article 7 de la large étendue alors donnée à l'épithète de *citoyen* dans les constitutions depuis 1791, et à ce que nous croyons y devoir ajouter dans la section II, *Des Français par naturalisation*.

III. Passons maintenant à l'histoire de la formation du Code civil. Tous les auteurs se plaignent que la discussion au Conseil d'État est obscure, et, dans la vérité, elle est disséminée, à cause des changements de matière, brisée et enchevêtrée par des incidents. Ils se plaignent que la discussion au Tribunat forme un autre embarras. L'auteur de cet ouvrage n'a pas reculé dans sa *Limite du droit de rétention par l'enfant donataire renonçant*, à donner une analyse des discussions, en tout ce qui était utile : pourquoi reculerait-il aujourd'hui devant pareille obligation? et chaque lecteur pourra vérifier facilement si cette analyse est exacte, car il y citera toujours les pages du recueil de M. Fenet, dont le tome VIIe contient toute la discussion du titre.

Le premier projet de la section de législation, présenté à la séance générale du Conseil d'État le 6 thermidor an IX, était ainsi conçu : « Art. 1er. Toute personne née d'un Français, et « en France, jouit de tous les droits résultant de la loi civile « française..... Art. 2. Tout enfant né en pays étranger d'un « Français est Français. — Celui né en pays étranger d'un « Français qui avait abdiqué sa patrie peut toujours recouvrer

Digitized by Google

« la qualité de Français, en faisant la déclaration qu'il entend « faire son domicile en France..... »

Le consul Cambacérès demanda sur l'article 1er si l'enfant né d'une mère française et d'un père inconnu jouirait, en France, des droits civils. — On conçoit cette question du second consul. Elle avait justement trait à l'article 2 du titre 2 de la constitution de 1791, seul texte qui se fût occupé, sous les lois nouvelles, de la qualité de Français indépendamment de la qualité de citoyen, et qui portait « né de père français, né de père étranger. » M. Tronchet répondit que lorsque le père est inconnu, l'enfant suit la condition de la mère. Plus loin, sur l'article 2, M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely demanda si l'individu né en pays étranger, d'une mère non mariée, est Français? — M. Tronchet répond encore que tout enfant né hors mariage suit la condition de sa mère, comme s'il eût dit : « Ce n'est pas une question à poser, *partus naturalis matrem sequitur*. Cela n'a pas besoin d'être écrit. » — Et le consul Cambacérès d'acquiescer tacitement en disant : la difficulté n'existe que pour l'enfant né en pays étranger d'un père français non marié; elle tombe sur la preuve de la paternité (Fenet, p. 1, 2 et 8).

IV. Une seconde difficulté s'éleva. M. Tronchet trouva les deux articles incomplets : ils n'avaient pour objet que les enfants de Français nés en France ou dans le pays étranger.

« La loi devait encore prononcer sur l'enfant né en France d'un père étranger; or, la faveur de la population a toujours fait regarder ces individus comme Français, pourvu que par une déclaration ils exprimassent la volonté de l'être. L'enfant acquérait les droits politiques par la constitution, s'il était né en France, qu'il y résidât et demandât l'inscription sur le registre civique. — On ne peut laisser son état en suspens jusqu'à sa majorité; car il est possible qu'il ait les droits civils sans avoir les droits politiques; mais il faudrait qu'il acceptât, qu'il fît une déclaration et qu'on exigeât de lui la condition de résidence. Cette condition ne regarderait pas le mineur, parce qu'il n'a pas de volonté. »

Dès la proposition de Tronchet, le Premier Consul proposa cette rédaction : « *Tout individu né en France est Français.* « Point d'inconvénients à le reconnaître pour Français sous le

Digitized by Google

« rapport du droit civil. Il ne peut y avoir que de l'avantage à « étendre l'empire des lois civiles françaises : ainsi, au lieu « d'établir que l'individu né en France d'un père étranger « n'obtiendrait les droits civils que lorsqu'il aurait déclaré « vouloir en jouir, on pourrait décider qu'il n'en est privé que « *lorsqu'il y renonce* formellement [1]. »

« L'intérêt de la France devait être seul consulté : il faut « pouvoir soumettre à la conscription et aux autres charges « publiques les fils des étrangers établis en France, soit comme « prisonniers de guerre, soit par suite des événements. S'ils « n'ont pas de biens, ils ont du moins l'esprit français, les « habitudes françaises et l'attachement naturel qu'a chacun « pour le pays qui l'a vu naître; s'ils ont des biens, les suc- « cessions qu'ils recueillent dans l'étranger arrivent en France « et celles qu'ils recueillent en France sont régies par les lois « françaises. »

La règle fut donc alors adoptée (V. Fenet, p. 4 à 9); mais il en résulta que les sages observations de M. Tronchet, sur lesquelles il n'avait pas été voté, furent *omises* dans la rédaction. Et le projet présenté à la séance du 14 *thermidor* portait : « Ar- « ticle 1er. Tout Français jouit des droits civils, etc..... — « Art. 2. Tout individu né en France est Français. — Art. 3. « Tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français. « — Tout enfant né en pays étranger, d'un Français qui avait « abdiqué sa patrie, peut toujours recouvrer la qualité de « Français en faisant la déclaration qu'il entend fixer son do- « micile en France.

« Cette déclaration doit être faite sur le registre de la com- « mune où il vient s'établir. »

V. Une première difficulté s'est élevée sur un point peu important, sur le lieu de la déclaration de fixation de domicile. M. Defermon ne voudrait pas qu'une disposition purement réglementaire se trouvât dans le Code civil. — On n'y fait pas d'attention ce jour-là (Fenet, p. 24). — Mais, *à la séance du 16 thermidor* (p. 42), M. Defermon demande encore la sup-

[1] Proposition qui n'eut point de suite alors, pour ne rien préjuger sur la condition des étrangers en France, qui, à la faveur des principes de l'Assemblée constituante, étaient admis indistinctement à la jouissance des droits civils sans aucune condition de réciprocité (V. l'art. 11).

Digitized by Google

pression de la troisième proposition qui n'est que réglementaire. « D'ailleurs trouvera-t-on plus convenable d'ouvrir dans « les sous-préfectures les registres pour recevoir ces sortes de « déclarations. » L'esprit du Code est seulement, suivant *M. Berlier*, d'exprimer que la déclaration devra être faite en France. M. Tronchet propose la rédaction suivante : « Cette déclara- « tion devra être faite en France dans la forme qui sera déter- « minée. » La proposition de M. Defermon fut adoptée, ainsi que l'amendement de M. Tronchet; mais la section s'est contentée de supprimer le dernier alinéa du projet, et n'a point cru devoir insérer dans l'article la disposition Tronchet : il n'y eut pas grand mal, puisqu'elle ne déterminait rien.

VI. Deux autres difficultés plus sérieuses ont surgi : l'une sur le mot *abdiquer ;* l'autre sur la crainte que les enfants des émigrés ne profitassent de la seconde partie de l'article. Nous ne nous étendrons ici ni sur l'une ni sur l'autre; nous renverrons nos lecteurs à la séance du 14 thermidor an IX (Fenet, p. 25 à 32). Tout ce qui concerne l'émigration est étranger aujourd'hui à notre droit civil ; nous dirons seulement que les mots « d'*un Français qui aurait abdiqué sa patrie*, » qui se trouvent dans tous les procès-verbaux imprimés, ont été sur l'original du projet de décret, remplacés[1] par cette correction :

[1] Cette correction était certes dans les droits de la section de législation, puisqu'elle résultait de tout ce qui avait été dit dans les réunions générales du Conseil d'État. Le mot *abdication* était le terme en usage au temps de la rédaction du Code, mais ce n'était pas le mot propre (V. notre *Commentaire sur l'article* 17). On s'en plaignit au Conseil. Le consul Cambacérès (*Séance du* 14 *thermidor;* Fenet, p. 25) dit que peut-être la possibilité de l'abdication de la part d'un Français ne devrait pas être présumée par les lois. — Il devint plus ferme, *à la séance du* 28 *brumaire an XI*, dans la discussion du second chapitre sur les mots « se perdre *par l'abdication expresse.* » M. Defermon avait fait remarquer que l'abdication permise aux Français pouvait être pour eux un moyen de se soustraire aux charges publiques au moment où elles seraient près de les atteindre, et le second Consul pensa « qu'en général la loi ne devant pas supposer que des Français « abdiqueront leur qualité, il convenait donc de parler *de la perte* et non « *de l'abdication* de la qualité de Français..... » Sur quoi le Conseil adopta e retranchement des mots « *par l'abdication expresse qui en sera faite* » (Fenet, p. 135). — Or, c'était décider que le mot *abdiquer* serait effacé et remplacé partout où il se trouverait — Donc, la correction était un devoir.

Cette décision avait une grande portée. Elle supposait que nul n'avait le

Digitized by Google

« *Qui aurait perdu la qualité de Français;* » et nous apprenons par le rapport de *M. Siméon* au Tribunat (Fenet, p. 157) que cette correction avait renouvelé la crainte de voir abuser de l'article 10 en faveur des enfants d'émigrés.

VII. Enfin, on vit naître, *à la séance du 14 thermidor*, une difficulté qui tient plus au danger de troubler les partages qu'au fond du droit à la nationalité de l'enfant né en pays étranger du Français qui a perdu cette qualité. M. Tronchet rappelait que jamais l'abdication n'avait effacé l'origine. « Toujours les enfants « de l'abdiquant ont pu venir reprendre la qualité de Français; « ils étaient même *reçus à partager*, avec les enfants que l'abdi- « quant avait laissés en France, les successions qui s'ouvraient « à leur profit. Ils tenaient ce droit de la faveur de leur ori- « gine, et ils en jouissaient indépendamment des traités faits « avec la nation chez laquelle ils étaient nés. — Cependant on « ne leur en permettait l'exercice que lorsqu'ils se soumettaient « à demeurer en France et qu'ils satisfaisaient à cette sou- « mission. » (Fenet, p. 25 et 26). — Le consul Cambacérès proposa donc la rédaction suivante : « Tout individu né en « pays étranger d'un Français *qui aurait abdiqué sa patrie* « pourra toujours *recouvrer* la qualité de Français, en faisant « la déclaration qu'il entend fixer son domicile en France. » Ainsi fut rejeté l'article proposé par la section.... Il paraît même que, dans l'opinion du second Consul, l'intention de la loi qu'il proposa était de rompre avec le passé que M. Tronchet venait de rappeler, puisqu'il ajouta « que, la loi ne dispo- « sant que pour l'avenir, le sort des Français non émigrés qui « sont actuellement chez l'étranger (c'est ainsi qu'il désigne « les enfants nés à l'étranger de Français qui ont perdu leur « qualité autrement que par l'émigration) se trouvera réglé par « les anciens principes et que le Code civil ne pourrait même « changer leur condition. » — Cependant la discussion s'ouvrit sur la nouvelle rédaction. Le Premier Consul demanda « si « l'enfant ne reprenait ses droits civils que du jour qu'il aurait « fait la déclaration qu'il veut se fixer en France, ou s'il est

droit parfait de changer de patrie. Aussi a-t-elle été le fondement de la division faite par le décret du 21 août 1811, entre les naturalisations *avec* ou *sans* autorisation.

Digitized by Google

« réputé ne les avoir jamais perdus » — Selon M. Tronchet, « il recueille les successions ouvertes avant sa déclaration, « lorsque la prescription n'est pas acquise contre lui. En cela, « le sort de l'individu originaire Français est différent de celui « de l'étranger qui obtient la naturalisation. » — M. Regnier voit « beaucoup d'inconvénients à revenir sur des successions « partagées, car les familles ont fait des arrangements et se « sont liées par des mariages dans la supposition contraire. » (Fenet, p. 30.) — La question, près d'être décidée, resta pourtant indécise, parce que le Premier Consul remarqua une connexité entre l'article en discussion et l'article 13 (devenu depuis le 17e du Code) sur les causes de la perte des droits civils. Cet épisode, pendant lequel M. Tronchet, qui, dans cette discussion, penche toujours pour l'ancien droit, dit que « l'ab- « diquant peut reprendre quand il veut la qualité de Français, « pourvu qu'il revienne s'établir en France, » et que, « bien que « réelle, l'abdication n'exclut pas le Français de la faculté « de reprendre ses droits; » finit par un amendement à l'article 13 du projet (17 *du Code*) qui soumet à la permission du Gouvernement le retour en France du Français affilié à une corporation militaire étrangère et qui s'est engagé au service militaire chez l'étranger (p. 31). — On revint donc à la question précédente : « l'enfant né en pays étranger du Français qui a perdu sa qualité, rentrera-t-il de plein droit? » — A la question de M. Defermon, qui est résolue même par le texte du projet de M. Cambacérès, M. Roederer répond affirmativement. — Le Premier Consul dit que l'article sera incomplet, s'il ne statue pas sur le passé. — MM. Boulay et Portalis parlent sur cette question; et M. le secrétaire, réunissant les deux observations dans une unique analyse, leur fait dire que « l'article ne faisant « que consacrer le droit existant, fixe les principes pour le « passé. » — Ce que nous avouons humblement n'entendre que dans le sens de M. Tronchet. — Quoi qu'il en soit, si l'article 3 (*art.* 10, 2e *alinéa au Code*) a été alors adopté avec l'effet rétroactif, le combat s'est renouvelé à peu près dans les mêmes termes entre M. Regnier et M. Tronchet sur l'article 13 du projet (17 du Code) dans la même séance du 14 thermidor an IX (Fenet, p. 37), à l'égard des enfants de l'abdiquant, et le Premier Consul renvoya les questions *au titre des Successions*, et dans la même séance (p. 39), il chargea la section de législation de

Digitized by Google

présenter *au titre des Successions* une disposition sur la non-rétroactivité des droits civils que recouvre l'abdiquant en reprenant la qualité de Français, et l'on ajourna une question pareille sur la femme française qui épouserait un étranger jusqu'*après le rapport à faire par* M. Roederer sur le droit d'aubaine : mais comme le droit d'aubaine a été rétabli, le Conseil adopta, dès la séance du 4 fructidor an IX (Fenet, p. 129), un article 16 (art. 20 du Code) qui a proscrit l'effet rétroactif, même pour les enfants nés en pays étranger du Français qui a perdu sa qualité. Donc l'effet rétroactif a été, dès le 4 fructidor an IX, appliqué au second alinéa de l'article 10 du Code Napoléon.

Profitons de cette occasion pour faire remarquer que l'on avait adopté au Conseil d'État pour article 2 : *Tout individu né en France d'un Français est Français;* qu'alors n'existait pas l'article 9 du Code civil; que c'était justement pour les enfants nés en France d'étrangers résidants ou voyageurs que le Premier Consul avait proposé cet article 2, comme on le peut voir ci-dessus, *chiffre* IV; et que rien de ce que nous venons de rapporter sur la formation de l'article 10 n'affecte en quoi que ce soit l'article 9.

VIII. C'est dans cet état que la loi a été communiquée au Tribunat. M. Siméon avait été chargé de faire le rapport sur la première partie de la loi sur *la Jouissance des droits civils et sur la Privation des mêmes droits par suite de la perte de la qualité de Français;* M. Thiessé, de la deuxième partie, *De la Privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires* ou *de la Mort civile.* C'était surtout à cette seconde partie que le Tribunat était opposé.

IX. M. Siméon était donc, comme rapporteur et comme organe de la commission, chargé de critiquer la proposition : « Tout Français jouit des droits civils *résultant de la loi française.* « Il le fit (Fenet, p. 155 et 165), en signalant que cela n'avait guère besoin d'être dit, mais en ajoutant (ce qui était vrai), « apparemment on a voulu marquer que tout Français a « les droits civils, quoique tout Français n'ait pas les droits « politiques attachés à la qualité de citoyen. » C'était donner franchement la vraie raison de ce que l'on blâmait; et les mots

Digitized by Google

« résultant de la loi civile française, » n'étant pas beaucoup plus redondants que le titre « *Code civil des Français,* » pouvaient indiquer aussi que nos autres lois civiles n'étaient pas plus que le Code écrites pour les étrangers. — Cependant ces mots ont été supprimés.

X. Un autre grief commun à la majorité de la commission (Fenet, p. 155), c'est que le titre 1er du livre Ier détermine, *non en quoi consistent les droits civils,* mais SEULEMENT *quelles sont les personnes* qui en jouiront. — Le rapporteur développe cette pensée (Fenet, p. 164 à 166) avec une rare habileté : il regrette qu'on n'ait pas suivi les errements du Tribunal de cassation qui avait proposé un article divisant les droits civils en deux classes ; il regrette le projet du Code civil de la commission de l'an VIII, signalant la différence du droit civil proprement dit et du droit civil général dérivant du droit naturel, qui semble devoir appartenir à tous les hommes. Il se plaint de ce que le Code soit muet, et qu'il faille aller chercher les définitions dans les anciennes lois, dans les fastes de la jurisprudence, dans les éléments de la science du droit!... « Si l'on a voulu s'y rapporter afin d'éviter des détails, cela, dit la commission par son organe, n'est pas une raison suffisante pour rejeter la loi : c'est l'affaire des magistrats et des avocats d'étudier l'enchaînement des lois anciennes avec les lois nouvelles. »

Remarquons en passant que, surtout en cela, le Tribunat avait tort. Ce qui fait le mérite du chapitre Ier du titre 1er, relativement aux Français, c'est qu'il n'examine qu'une seule question : *Quelles personnes jouiront des droits civils?* Il le dit, et répond : « *Tout Français.* » Restait à définir quelles personnes sont Françaises, et le titre y répond sans reporter en rien sa pensée sur les modifications de l'état des personnes, qui feront le sujet des titres suivants.

XI. La commission fut juste sur l'article 10 du Code. « Les droits civils appartiendront aussi aux originaires français nés en pays étranger, *C'est la maxime nationale de tous les temps...* L'enfant même de celui qui avait perdu la qualité de Français *n'acquiert* pas cette qualité en venant se fixer en France, il la *recouvre.* L'étranger seul peut *l'acquérir* (Fenet, p. 155). » Le

Digitized by Google

rapport fut aussi explicite sur les enfants d'émigrés nés en pays étranger. « Les lois avaient banni les émigrés à perpétuité, et non leur postérité : ces enfants étaient étrangers; ils ne pouvaient devenir Français que par la naturalisation, puisque, n'étant pas nés en France, mais à l'étranger, d'un père mort civilement, celui-ci était devenu étranger à la France, et qu'ainsi notre article 10 ne concernait pas les enfants d'émigrés nés dans l'émigration. »

XII. Sur l'article 2, « *Tout individu né en France est Français,* » la critique de la commission n'était que relative à l'abolition du droit d'aubaine par l'Assemblée constituante; le Tribunat désirait voir maintenir d'une manière absolue la jouissance des droits civils aux étrangers. La commission trouvait que la règle nouvelle était une inconséquence s'il n'y avait pas réciprocité, parce qu'un fils d'Anglais, né en France, y pouvait revenir s'emparer d'une succession comme Français, puis transporter ses biens en Angleterre, tandis qu'aucun Français n'aurait réciprocité en Angleterre; mais en même temps elle ne faisait pas de cette critique une cause d'opposition au vote de la loi.

Et cependant nous allons voir bientôt cet article disparaître du Code civil, et le Tribunat tenir à ce qu'il n'y soit pas rétabli, quoique sous-entendu.

XIII. Le projet de loi fut rejeté par le Tribunat. Un message du Gouvernement le retira. — La discussion du Code civil se trouva suspendue. — Sous une constitution où le Tribunat était une commission permanente d'examen des projets pour un Corps législatif soumis lui-même à l'impérieuse nécessité de les adopter ou de les rejeter sans aucune modification, le Gouvernement en profita pour convertir selon ses besoins les sections du Tribunat en comités consultatifs du Conseil d'État au moyen d'une communication officieuse à la section du Tribunat à laquelle, suivant son objet, devait être renvoyé le Décret législatif. Elle dut donc s'établir entre la section de législation du Conseil, chargé de la rédaction de la loi, et la section de législation du Tribunat, chargée de l'examiner, de la discuter et de surveiller si le projet n'avait rien de contraire à la constitution. — La section de législation du Tribunat re-

Digitized by Google

cevait le projet quand le Conseil d'État l'avait complété et amendé, nommait un rapporteur et se réunissait ensuite pour dresser dans l'ordre même du projet un procès-verbal *d'Observations*. Sur ce procès-verbal s'établissaient des conférences avec la section de législation du Conseil, où quelquefois le Tribunat cédait, quelquefois la section du Conseil. On doit à ce mode de communication beaucoup d'heureux redressements. Les conférences n'étaient pas écrites. Le Conseil d'État, sur le rapport d'un des membres de la section présent aux conférences, amendait ou maintenait son texte; de sorte que la rédaction *était toujours rédaction du Conseil d'État*, qu'elle fût conforme ou non au procès-verbal d'Observations. Ce qui était différent avait été abandonné dans les conférences. Après cette rédaction définitive, le projet était transmis au Corps législatif, dont le président prenait un arrêté pour que le projet fût communiqué officiellement au Tribunat.

XIV. Lors de la communication officieuse, la section a persisté dans son refus de laisser subsister le texte : « Tout individu né en France est Français. » — (V. Fenet, p. 592.) Elle a bien reconnu que « limitée à l'individu né en France de parents « Français, la règle était évidente; » mais elle avait ajouté, « qu'en la prenant dans toute la latitude qu'elle comporte, « elle appellerait des exceptions, et que le retranchement de « l'article offrait moins d'inconvénients que l'admission des « modifications. »

Cependant il est certain au moins que, dans les conférences qui ont suivi le procès-verbal des *Observations* du Tribunat, le Tribunat a consenti à l'article 9; et l'article 9 n'est que l'application aux enfants nés en France d'un étranger ou d'une étrangère résidants ou passagers, du principe posé par le Premier Consul : *Tout individu né en France.....*, conformément à ce qu'il avait dit et avec les précautions conseillées par le savant et judicieux Tronchet (Voy. ci-dessus notre *chiffre* IV) sur laquelle on n'avait pas statué à cause de la généralité de l'article supprimé.

Cette suppression n'a donc été qu'un retranchement purement matériel d'une règle *indubitable* sous l'ancien droit (*V.* ci-dessus *notre chiffre* II); *inutile* avec le système de l'Assemblée constituante qui communiquait les droits civils en France à tous les

Digitized by Google

étrangers; *indubitable* sous le Code civil quand les parents sont Français; *mais conditionnée* quand ils sont étrangers : ce n'est donc pas là le retranchement effectif d'une règle ancienne; ce n'en est que la conservation modifiée.

XV. Expliquons-nous maintenant sur quelques règles d'interprétation auxquelles nous avons cru devoir nous attacher dans nos travaux.

Tout le monde sait que l'intention des auteurs du Code civil n'a pas été d'abroger d'une manière absolue les règles générales qu'on tirait, soit du droit coutumier, soit du droit romain, un peu appliqué par nos pères à la mode française, sauf toutefois ce qui tient aux principes nouveaux introduits par les lois intermédiaires et maintenus par le Code civil. Ce point de vue général était de nécessité, puisque le Code se rattachait lui-même aux lois qu'il allait dépouiller de leur force. Aussi la loi du 30 ventôse an XII *sur la Réunion des lois composant le Code civil* s'est-elle bien gardée de prononcer une abrogation sèche et absolue des lois romaines, des ordonnances, des coutumes générales et particulières, des statuts, des règlements..... En les abrogeant, elle a repoussé le mot d'abrogation et a voulu seulement *qu'ils cessassent d'avoir force de loi* générale ou particulière sur les matières qui font l'objet des lois composant le Code civil, c'est-à-dire que, par un sage tempérament, elle » ôta aux dispositions anciennes, *relatives à des cas non prévus* « par le Code civil, le caractère des lois, » et décida en conséquence « que la violation d'une règle ancienne ne suffirait « pas seule pour donner ouverture à la cassation des juge- « ments; » mais elle laissa aux anciennes lois « le caractère « de règles, de manière que les juges pussent cependant les « prendre pour guides à défaut du Code civil (M. Bigot- « Préameneu *et le consul* Cambacérès, séance du 10 ventôse « an XI. — V. Locré, *Esprit du Code civil*, in-4°, t. I, « p. 107 à 109, et Fenet, t. I, p. lxxxvj et suiv.). » Par conséquent, quand une règle ancienne n'est pas écrite, elle peut être sous-entendue, elle est alors existante et peut être généralement invoquée; mais aussi ce n'est pas une raison pour que, en quelques cas rares et particuliers, le juge n'ait pas le pouvoir de la repousser exceptionnellement; — et, par la raison des contraires, quand la loi exprime la règle ancienne

Digitized by Google

dans un ou deux cas généraux, ce doit être une raison suffisante pour qu'on la restreigne aux cas compris dans les textes où les rédacteurs en ont fait l'application, par exemple, la règle *Infans conceptus pro nato habetur* QUOTIES *de interesse ejus agitur*, nous semble diminuée de la valeur du QUOTIES, depuis que le Code a spécialisé cette règle dans ses articles 725, § 1°, 906 et quelques autres; enfin, il est possible, qu'une règle ancienne soit effectivement une règle abrogée : ce qui se reconnaît quand notre législation y est antipathique comme à la règle : « *nulle terre sans seigneur*, » contraire à notre droit public. Il y a donc des règles anciennes qui sont bien plus restreintes dans leur application qu'elles ne l'étaient autrefois. On comprend qu'il ne peut y avoir d'enseignement positif sur ce point, quoiqu'il faille s'y conduire par principes certains dans le raisonnement. C'est à l'avocat à vivre moins dans le monde, à ne se point trop hâter d'aborder le barreau, à ne se point borner ensuite à étudier ses affaires; au contraire, à s'imposer toute la vie des repos réglés pour comparer le droit ancien et le droit nouveau.

XVI. Puisque nous venons de rendre compte des travaux préparatoires du Conseil d'État et du Tribunat, nous devons dire pour quelle raison, lorsqu'il s'agit d'interpréter le Code civil et ses difficultés, nous sommes plus enclins à préférer les opinions présentées par un Conseiller d'État dans le cours d'une discussion ou dans un *Exposé de motifs* aux *Observations* du Tribunat ou à l'opinion d'un tribun dans un Rapport ou dans un Discours. Aujourd'hui on tient autant de compte de l'opinion de l'un que de l'opinion des autres. Nous craignons même de nous y être laissé entraîner quelquefois. C'est une erreur.

Que cherchons-nous, en effet, dans les travaux préparatoires?— La pensée du législateur. Or, il ne faut pas la chercher, en 1803, de la même manière que nous avons pu le faire sous les lois faites depuis 1814, depuis 1830, depuis 1848. Il faut la chercher surtout là où la constitution du 22 frimaire, an VIII, l'avait placée. Le peuple était souverain ; mais par la constitution, il avait délégué au Premier Consul le pouvoir législatif, ou, si l'on veut au Premier Consul, avec l'aide de son Conseil d'État, le pouvoir de proposer la loi d'un seul jet; au Tribunat,

Digitized by Google

le pouvoir de la critiquer et d'en proposer l'adoption ou le rejet; au Corps législatif le pouvoir de sanctionner ou de rejeter sans amendement ni discussion; et par une conséquence assez naturelle des articles 52 et 53 de la constitution de l'an VIII, le pouvoir interprétatif de la loi avait été confié au Conseil d'État par le décret réglementaire du 5 nivôse an VIII.— De là, le langage d'un Conseiller d'État doit (s'il ne se trompe) résulter d'un ensemble de vues transmises par l'auteur de la loi ou recueillies dans l'ensemble des délibérations du Conseil. — Quant au Tribunat, il n'avait qu'un pouvoir *censorial* (V. *Constitution*, articles 28, 29 et 30) inefficace, même pour faire admettre un simple amendement; il ne pouvait formuler que des vœux qu'aucune autorité publique *n'était tenue* de suivre; mais il pouvait demander au Corps législatif le *rejet* d'une loi toute entière. Donc, si ce qu'un tribun a dit dans les *Observations*, dans un *Rapport*, ou dans un *Discours* ne nous paraît pas conforme à la loi, nous ne pouvons l'opposer à l'opinion du Conseiller d'État, qui est censé, à cause de sa position même, avoir tenu un discours imprégné de la pensée générale du chef de l'État au nom duquel il parle.

L'établissement de la communication officieuse entre les sections du Conseil et du Tribunat ne doit rien changer à cette opinion. Légalement et d'après le mécanisme dont nous avons rendu compte ci-dessus, *chiffre* XIII, la rédaction nouvelle, la suppression d'un article, les changements au plan d'une loi, appartiennent en propre au Conseil d'État mieux éclairé par la contradiction, et ne constatent en rien que le Tribunat ait admis ou repoussé, ni surtout que sa volonté ait prédominé sur celle de l'autorité chargée de proposer la loi. Les motifs même écrits dans les *procès-verbaux d'Observations* peuvent n'être pas absolument ceux qui auront influé sur le Conseil d'État. Il n'y a pas de procès-verbaux des Conférences, et pourquoi ? — Parce que le Tribunat n'avait pas de pouvoir politique pour faire ni proposer la loi; parce qu'il n'avait pas celui de l'amender; parce que les Conférences étaient purement *officieuses;* qu'elles n'engageaient pas le Conseil, qui, en cédant, pouvait accepter l'amendement par d'autres motifs que ceux du Tribunat, et adopter la rédaction, en conservant l'esprit fondamental de la loi, si la rédaction nouvelle ne l'éteignait pas.

Digitized by Google

Que le lecteur n'induise pas de là que nous nous soumettons superstitieusement aux *Discussions* et aux *Exposés des motifs*. Les discussions sont difficiles à suivre surtout dans le premier livre du Code civil, parce qu'il y a eu des titres où le Conseil était divisé contre lui-même et où l'on voit soit plusieurs rédactions successives, soit même projet et contre-projet. Mais cela bien étudié est très-précieux quand une fois parti est pris, et l'on tire de grandes lumières des raisons qui déterminent l'adoption d'un article longtemps débattu. — Quant aux *Exposés des motifs*, il y en a d'admirables, mais aussi il y en a d'inexacts ; il y en a qui ont été préparés par avance et qui ne tiennent pas compte des amendements ; d'autres offrent des réticences et des concessions calculées dans la crainte de blesser chez quelques membres du Corps législatif une opinion manifestée au Tribunat ; car l'orateur politique est toujours forcé d'user de ménagements envers les minorités. Nous en avons un exemple ici : qu'on lise les pages 139 et 140 du VIIe volume de Fenet, on trouvera dans l'*Exposé des motifs* de M. Boulay[1], admirablement exprimées, toutes les

[1] Extrait *de l'Exposé des motifs* par M. Boulay de la Meurthe, 11 frimaire an X.

Quelquefois on reçoit la naissance d'un père français, mais sur un sol étranger ; d'autres fois c'est sur le sol de la France, mais d'un père qui n'est pas Français. Chacune de ces circonstances ne doit-elle pas produire seule le même effet que lorsqu'elles se trouvent réunies? Nous avons pensé qu'on devait le décider ainsi.

Et d'abord, quand un individu est né d'un père français, qu'importe que ce soit hors la France? En est-il moins formé du sang français, et doit-on moins le considérer comme Français? N'est-ce pas là le cri de la nature? n'est-ce pas celui de la politique? Les Français sont souvent conduits encore hors de France par des affaires publiques ou particulières, par le désir de s'instruire, par l'attrait seul de la curiosité ; quelle funeste loi que celle qui priverait de la qualité de Français les enfants qu'ils auraient sur une terre étrangère? Ne serait-ce pas faire de la France une prison, ou, si l'on veut, un cloître, d'où l'on ne pourrait s'échapper sans crime? L'intérêt public veut donc aussi qu'à la paternité française soit attachée d'une manière absolue, et abstraction faite de toute autre circonstance, la qualité de Français.

Le même privilége ne doit-il pas encore être accordé au sol de la France? Nous tenions autrefois pour maxime que la France était le pays naturel de la liberté, et que dès qu'un esclave avait le bonheur de mettre le pied sur son territoire, par cela seul il cessait d'être esclave. Pourquoi ne reconnaîtrait-on pas de même, dans cette terre heureuse, la faculté naturelle

Digitized by Google

idées qui font regarder comme français l'enfant né en France d'un étranger; mais à la page 628, on lira dans l'Exposé des motifs par M. Treilhard : « Quant au fils de l'étranger qui re- « çoit accidentellement le jour en France, on ne peut pas dire « qu'il ne naît pas étranger. »— Évidemment, c'était pour ne pas blesser l'opinion du Tribunat et de ceux des membres du Corps législatif qui la partageaient, qu'il a dit le contraire du discours de M. Boulay, à moins que le Chef de l'État n'ait cru convenable de faire dresser le nouvel *Exposé* des motifs par un membre du Conseil d'État, qu'il savait penser sur ce point autrement que son collègue.

Au surplus, les *Exposés des motifs* étaient l'œuvre personnelle de l'Orateur du gouvernement; ils n'étaient pas l'objet d'une délibération; ils peuvent donc contenir sur quelques points des propositions hasardées, qui n'appartiennent qu'à l'Orateur.

Ainsi, on ne doit raisonnablement recourir aux travaux préparatoires qu'autant que les textes ne sont pas clairs, quand on croit que la loi contient une lacune et qu'on désire la combler; et surtout ne s'y fier qu'autant que les éléments extrinsèques qu'on tire de ces travaux sont parfaitement cohérents à l'esprit évident de la loi. — Prenons donc pour maxime générale : « LES TEXTES AVANT TOUT. »

XVII. Les titres du Code, c'est-à-dire les lois réunies qui le composent, ne sauraient trop être étudiées sous leurs rapports d'ordre avec les autres titres, et principalement celui dont nous nous occupons relativement à la *jouissance des droits civils* des Français. Pour les Français notamment, le Code considère le droit à la jouissance de ces droits, en faisant abstraction complète de tous les droits civils établis en leur faveur

d'imprimer la qualité de Français à tout individu qui y aurait reçu la naissance? N'est-ce pas d'ailleurs un moyen d'y attirer les étrangers et d'enrichir sa population? Et, si l'on veut raisonner de plus haut, n'est-ce pas le territoire qui rassemble et qui fixe les habitants? N'est-il pas une des causes fondamentales du maintien de la société? n'est-ce pas aussi par la distinction des territoires que l'on distingue le plus généralement les nations? n'est-ce donc pas se conformer à la nature des choses que de reconnaître la qualité de Français dans celui-là même qui n'a d'autre titre à cette qualité que d'être né sur le sol de la France?

Digitized by Google

par les titres suivants et par les autres lois du pays. (*V.* ci-dessus *chiffre* X.) Il ne faut donc pas expliquer une loi générale par des lois subordonnées.

XVIII. Il faut aussi, en s'occupant de notre loi à l'égard des Français, ne s'inquiéter en rien des lois des nations voisines. Les lois personnelles suivent les Français partout; mais les nations étrangères ne sont pas tenues d'avoir égard à toutes les lois personnelles qui régissent les Français habitant sur leur territoire. C'est aux traités à aplanir les difficultés qui peuvent naître de la différence ou même de la ressemblance des lois dans les deux pays.

XIX. Il faut surtout étudier positivement les textes et le style du Code civil. Les langues changent bien plus rapidement que ne le pensent les jeunes hommes, et les législateurs qui ont participé à ce grand ouvrage étaient tous hommes faits longtemps avant la fin du XVIIIe siècle, imbus des fortes études de maîtres formés dans le XVIIe. Il faut, pour bien entendre le Code, étudier souvent les textes philosophiquement et grammaticalement, suivant les vues des rédacteurs; distinguer quand le style est abstrait, voir s'il est elliptique, si le Code a volontairement omis dans ses formules des mots dont on s'est servi dans des lois précédentes.... Tout cela est minutieux et exposera l'auteur à des railleries qu'il a déjà plusieurs fois subies; mais il lui semble que lorsqu'une loi a déjà donné lieu à de graves controverses, on doit, pour en fixer le sens, employer sans dédain, même la grammaire [1], et se reporter au sens que devaient présenter les mots sous la plume des grands jurisconsultes qui en ont fait choix.

XX. Après ces observations préliminaires, revenons à notre sujet.

Les Français dont parle l'article 8 sont les *naturels* français ou Français *par naissance*; et les étrangers devenus Français, c'est-à-dire les Français par naturalisation. Toutes autres personnes en France, même les étrangers qui y jouissent des droits

[1] « Plus habet in recessu, quam in fronte promittit. » — QUINT., *Inst. orat.*

Digitized by Google

civils avec l'autorisation du Gouvernement, sont des étrangers.

Ainsi notre travail se trouve divisé en deux sections : 1° des *naturels* français ou *Français par naissance*; 2° des étrangers naturalisés en France, ou mieux, des *Français par naturalisation*.

COIN-DELISLE.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

DES VENTES DOMANIALES

AVANT LA LOI DES 14 MAI-1er JUIN 1864 ET D'APRÈS CETTE LOI.

Par M. Th. Ducrocq,
professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers.

(*Suite et fin* [1].)

§ 4.

Terrains domaniaux provenant de délaissement et de changement de tracé de routes impériales.

SOMMAIRE.

265. Distinction de deux hypothèses.
266. *Première hypothèse.* Article 4 de la loi du 20 mai 1836, modifié par les décrets de décentralisation administrative; échange d'un terrain domanial sans loi spéciale d'autorisation.
267. L'article 4 de la loi de 1836 est le seul texte subsistant de cette loi.
268. *Seconde hypothèse.* Article 3 de la loi du 24 mai 1842. Il autorise l'aliénation des portions de routes délaissées par voie de concession, d'échange ou de vente.
269. Concession; droit de préemption conféré aux propriétaires riverains sur les parcelles attenant à leur propriété.
270. Échange; application de l'article 4 de la loi du 20 mai 1836.
271. Vente dans les formes ordinaires, c'est-à-dire par adjudication publique.
272. La loi du 1er juin 1864 conserve à l'administration des domaines la délégation du droit que lui confère l'article 3 de la loi de 1842, de procéder à ces aliénations sans autorisation spéciale du législateur.

[1] V. t. XXV, p. 120, 306, 419 et 494, et le présent tome, p. 11 et 133.

Digitized by Google

273. L'administration peut, sans loi spéciale d'autorisation, procéder à ces aliénations, y compris la vente, même au cas où l'immeuble serait d'une valeur supérieure à un million, nonobstant le § 2 de la loi du 1er juin 1864.

274. La loi du 1er juin 1864 s'applique seule aux terrains provenant d'un cours d'eau supprimé, dont la propriété ne serait pas susceptible d'être contestée à l'État.

265. Nous réunissons dans ce paragraphe deux hypothèses distinctes. Elles ont ce caractère commun d'être l'une et l'autre relatives à l'aliénation de terrains domaniaux provenant du sol de routes impériales devenues inutiles.

Mais elles sont régies par des lois différentes, l'une par l'article 4 d'une loi du 20 mai 1836, l'autre par l'article 3 d'une loi du 24 mai 1842.

Il s'agit aussi de modes différents d'aliénation; le premier de ces textes prévoit un cas d'échange domanial; le second met à la fois en œuvre les trois modes d'aliénation du domaine de l'État, l'échange, la concession et la vente.

A titre de lois spéciales, ces deux textes sont également maintenus en vigueur par la loi du 1er juin 1864, qui ne modifie en rien leurs dispositions. L'un et l'autre figurent dans l'énumération, donnée par le rapport de la commission législative de 1864, des lois spéciales à l'aliénation de certains immeubles domaniaux, maintenues en vigueur par le § 1er *in fine* de la loi nouvelle. Le premier de ces textes occupe dans le rapport le n° 5, et, le second, le n° 4 de cette énumération.

266. I. *Première hypothèse.* — Lorsque le tracé d'une route est changé ou qu'une nouvelle route est ouverte, c'est une bonne opération pour l'État que d'acquérir les parcelles dont il a besoin, en échange du sol de l'ancienne route et par voie de compensation de prix.

D'après la règle établie ci-dessus (n° 30), cet échange ne pouvait être régulièrement effectué qu'en vertu d'une loi; mais l'article 4 [1] de la loi du 20 mai 1836 est venu permettre au

[1] Cet article est ainsi conçu :

« Les portions de terrains dépendantes d'anciennes routes ou chemins, « et devenues inutiles par suite de changement de tracé ou d'ouverture « d'une route royale ou départementale pourront être cédées, sur estima- « tion contradictoire, à titre d'échange et par voie de compensation de prix, « aux propriétaires des terrains sur lesquels les parties de route neuve de-

Digitized by Google

ministre des finances de faire procéder à ces actes d'échange et de les approuver sans intervention de la législature. Ce n'est toutefois qu'une faculté pour l'administration de consentir ces échanges; les propriétaires des parcelles prises pour la nouvelle route n'ont pas le droit de les exiger. Le caractère purement facultatif de cette aliénation domaniale résulte de ces mots de l'article : « pourront être cédées. »

Le décret du 25 mars 1852 sur la décentralisation administrative[1] a investi les préfets du droit de procéder à ces échanges sans l'autorisation du ministre des finances, mais sur l'avis des chefs de service et en conseil de préfecture.

La loi du 1er juin 1864 maintient et confirme ces deux dispositions, et l'immeuble domanial à échanger en vertu de ces textes, fut-il, par impossible, d'une valeur estimative supérieure à un million, le préfet resterait compétent pour procéder à l'échange sans autorisation législative. Ces dispositions sont d'autant plus dignes d'être remarquées qu'elles contiennent la seule exception que subisse le principe d'après lequel tout échange domanial ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi.

267. Cette loi du 20 mai 1836 est intitulée « loi qui autorise la cession de terrains domaniaux usurpés. » Nous dirons plus loin que les autres dispositions de cette loi n'existent plus; elle était en effet temporaire et devait cesser d'avoir son application au bout de dix ans; une loi du 10 juin 1847 l'a prorogée pour un nouveau délai de dix années, qui n'a pas été prorogé de nouveau. Mais l'article 4 a survécu au reste de la loi du 20 mai 1836 et continue d'être en vigueur.

Il en est ainsi parce que la disposition de cet article, étrangère aux terrains domaniaux usurpés, n'est pas comprise dans les prescriptions de l'article 2 qui ne soumettaient au délai de dix ans que la faculté accordée au gouvernement par l'article 1er de la loi. Aussi l'article 3 de la loi du 24 mai 1842, dont nous allons étudier les dispositions, et qui n'a aucun

« vront être exécutées. L'acte de cession devra être soumis à l'approbation « du ministre des finances, lorsqu'il s'agira de terrains abandonnés par des « routes royales. »

[1] Article 3, tableau C, 6e, ainsi conçu :

« Échange de terrains provenant de déclassement de routes dans le cas « prévu par l'article 4 de la loi du 20 mai 1836. »

Digitized by Google

caractère transitoire ou temporaire, a-t-il pu se référer purement et simplement à l'article 4 de la loi de 1836.

C'est ainsi que le rapport de M. de Voize a mentionné à bon droit cet article 4 de la loi du 20 mai 1836 parmi les textes spéciaux dont l'application est maintenue par la loi du 1er juin 1864.

268. II. *Seconde hypothèse.* — L'article 1er de la loi du 24 mai 1842 dispose que les portions de routes impériales délaissées pourront, sur la demande ou avec l'assentiment des conseils généraux des départements ou des conseils municipaux des communes intéressées, être classées par décrets impériaux, soit parmi les routes départementales, soit parmi les chemins vicinaux. Cette opération constitue le déclassement de la route. Au cas où il n'est pas effectué et où le sol, par suite de délaissement, cesse d'une manière définitive de faire partie de la voie publique, l'article 2 de la loi porte que « *les terrains « délaissés seront remis à l'administration des domaines, laquelle « est autorisée à les aliéner.* » Le même article permet seulement au préfet en conseil de préfecture de réserver devant les propriétés riveraines un chemin d'exploitation dont la largeur ne peut excéder 5 mètres.

L'article 3 [1] de la loi règle les formes et les modes de l'aliénation dont le principe est posé dans l'article 2. Il autorise l'administration des domaines à concéder ces terrains, à les échanger, ou à les vendre. Nous allons passer en revue ces trois modes d'aliénation des terrains domaniaux provenant du délaissement d'une route impériale, et par là nous ferons l'exégèse de ce texte important.

269. 1° Concession. — L'administration des domaines est autorisée à concéder aux propriétaires riverains, chacun en droit de soi, les parcelles attenant à leur propriété. Ce n'est qu'à leur profit seulement que l'administration est autorisée à procéder par voie de concession de ces immeubles domaniaux,

[1] Cet article est ainsi conçu :

« Les propriétaires seront mis en demeure d'acquérir, chacun en droit de « soi, dans les formes tracées par l'article 61 de la loi du 3 mai 1841 (V. ce « texte ci-dessus, n° 244) les parcelles attenantes à leurs propriétés. A l'ex- « piration du délai fixé par l'article précité, il pourra être procédé à l'alié- « nation des terrains selon les règles qui régissent les aliénations du domaine « de l'État ou par application de l'article 4 de la loi du 20 mai 1836. »

Digitized by Google

et, d'autre part, c'est une obligation pour elle de réaliser cette concession s'ils en font la demande dans les délais voulus.

C'est donc un véritable droit de préemption que cet article 3 de la loi de 1842 accorde aux propriétaires riverains des routes délaissées; ce droit s'exerce dans les délais, sous les conditions, et suivant les formes tracées par l'article 61 de la loi du 3 mai 1841. Nous n'avons donc qu'à nous référer aux explications données ci-dessus (nos 244 à 260), au sujet du droit de préemption accordé aux anciens propriétaires de terrains acquis pour des travaux d'utilité publique et qui n'ont pas reçu cette destination.

270. Si les riverains refusent ou négligent d'exercer dans les délais leur droit de préemption, l'administration des domaines recouvre sa liberté d'action, en ce sens qu'elle peut alors procéder à l'aliénation de ces terrains par d'autres voies et au profit d'autres personnes.

Elle a le choix entre les deux autres modes d'aliénation du domaine de l'État.

S'il se trouve des propriétaires dans la situation prévue par l'article 4 de la loi du 20 mars 1836, dont les terrains soient pris pour la création d'une route nouvelle, l'article 3 de la loi du 24 mai 1842 permet à l'administration des domaines de leur faire l'application de ce texte (avec la modification que lui ont apportée les décrets de décentralisation) et de leur transmettre, à titre d'échange et de compensation de prix, les terrains provenant de la route délaissée. Mais au lieu d'être obligatoire, comme la concession, cette aliénation par voie d'échange est purement facultative pour l'administration; les propriétaires dont il s'agit n'ont pas le droit de l'exiger, de même que l'administration n'a pas le droit de la leur imposer. Ces propriétaires n'ont pas, comme les riverains, un droit de préemption, même au second degré, c'est-à-dire faute d'exercice du premier. La loi ne leur donne aucun droit de cette nature; elle confère seulement une faculté à l'administration en lui permettant de consentir ces échanges; mais ils sont obligés de subir la mise en vente s'il plaît à celle-ci d'y recourir.

271. Ce troisième mode d'aliénation, la vente domaniale avec ses formes ordinaires, la publicité et la concurrence, est mis en effet à la disposition de l'administration des domaines par ces mots de l'article 3 : « Il pourra être procédé à l'aliéna-

Digitized by Google

« tion des terrains selon les règles qui régissent les aliénations « du domaine de l'État. »

L'administration ne peut mettre ces terrains en vente que s'il n'y a lieu de procéder par voie de concession, faute d'exercice ou par suite de déchéance du droit de préemption; mais elle peut librement opter entre l'échange par application de l'article 4 de la loi de 1836 et la vente domaniale.

272. Il faut bien remarquer que les articles 2 et 3 de la loi de 1842 contiennent au profit de l'administration des domaines une délégation formelle du droit d'aliéner, sans autorisation législative, les terrains domaniaux dont il s'agit. C'est cette délégation que maintient la loi du 1er juin 1864.

Elle a cela de remarquable, qu'elle porte à la fois sur les trois modes d'aliénation du domaine, et la loi de 1864 la confirme implicitement dans toutes ses parties. Quelque soit la valeur estimative du terrain à aliéner et quelque soit le mode d'aliénation auquel l'administration ait recours, elle est dispensée d'obtenir une loi pour y procéder, pourvu qu'elle respecte les conditions imposées par la loi de délégation à l'exercice de son droit.

Il ne faudrait une loi spéciale pour autoriser l'administration à concéder ces terrains, qu'autant qu'elle voudrait en faire concession à un non riverain ou à un riverain déchu de son droit de préemption.

Il ne faudrait une loi spéciale pour autoriser l'administration à échanger ces terrains, qu'autant qu'elle voudrait procéder à ce contrat d'échange avec des individus ou pour des terrains qui ne seraient pas dans les conditions prévues par l'article 4 de la loi de 1836.

Mais une loi spéciale d'autorisation ne sera jamais nécessaire à l'administration lorsqu'il s'agira pour elle de procéder à la vente de ces terrains domaniaux.

273. Il en est ainsi, même au cas où ces terrains ont une valeur estimative supérieure à un million.

Qu'importe que l'immeuble ait cette valeur? le droit de préemption n'en pourrait pas moins s'exercer, et la concession devrait suivre sans intervention de la législature! L'échange n'en pourrait pas moins être réalisé dans les conditions de l'article 4 de la loi de 1836! Il en est de même de la vente.

L'article 2 de la loi de 1842 dit en effet d'une manière posi-

Digitized by Google

tive que « les terrains délaissés seront remis à l'administration des domaines ; » il porte en termes non moins formels que « cette administration est autorisée à les aliéner. » L'article 3 ne fait plus qu'indiquer les modes d'aliénation ; il nomme la concession ; il nomme l'échange ; il désigne la vente par une périphrase qui ne permet aucun doute. Ces textes n'apportent à cette délégation du droit de vendre ces terrains domaniaux aucune limite tirée de leur valeur estimative.

Donc la distinction faite par la loi du 1er juin 1864 entre les immeubles d'une valeur supérieure à un million, et ceux d'une valeur égale ou moindre, doit rester étrangère à cette classe d'immeubles domaniaux, puisque cette même loi du 1er juin 1864 porte qu'elle ne s'applique *qu'aux immeubles domaniaux autres que ceux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales.*

274. D'après une décision du ministre des finances, en date du 2 octobre 1844, les règles formulées dans la loi de 1842 sont applicables à l'aliénation de terrains provenant d'un cours d'eau supprimé, dont la propriété ne serait pas susceptible d'être contestée à l'État.

Depuis, comme avant la loi de 1864, il est certain qu'une décision de cette nature est impuissante à créer au profit des riverains du sol délaissé un véritable droit de préemption avec toutes les conséquences que nous avons décrites. La loi seule pouvait avoir cette puissance, et une décision ministérielle n'a jamais pu que donner à l'administration une règle de conduite dont elle peut se départir sans que les tiers soient autorisés à s'en prévaloir.

Même avant la loi de 1864, nous croyons qu'à défaut de texte une loi spéciale était nécessaire pour autoriser la concession et l'échange de ces terrains.

La vente seule dans notre doctrine était permise sans intervention de la législature.

Sous l'empire de la loi nouvelle du 1er juin 1864, il est incontestable que ces terrains provenant de cours d'eau supprimés qui appartiendraient à l'État, ne sauraient bénéficier de la disposition des lois de 1836 et 1842 ; ces lois ne leur sont pas applicables ; l'analogie ne suffit pas en présence d'un texte de loi pour établir l'assimilation.

Il faut décider que désormais ces terrains ne peuvent être concédés, même au profit des riverains, qu'en vertu d'une loi

Digitized by Google

spéciale d'autorisation ; ils ne peuvent être l'objet de l'échange prévu par la loi de 1836 qu'en vertu d'une loi ; ils ne peuvent être également vendus qu'en vertu d'une loi si leur valeur estimative dépassait un million ; leur vente n'est permise sans intervention de la législature que si leur valeur estimative n'est pas supérieure à un million.

§ 5.

Terrains domaniaux usurpés.

SOMMAIRE.

275. Articles 1, 2 et 3 de la loi du 20 mai 1836, qui autorisent, pendant dix ans, la cession des terrains domaniaux usurpés.
276. Nombre considérable des usurpations ; dispositions de la loi.
277. Ses motifs.
278. Caractère exceptionnel et limites du droit de concession des terrains domaniaux usurpés, d'après la loi de 1836.
279. Limites ajoutées par la loi du 10 juin 1847, qui proroge le délai de dix ans de dix nouvelles années.
280. Décentralisation par le décret-loi du 25 mars 1852.
281. Cette législation a cessé d'exister depuis 1857, et nulle concession à titre nouveau ne peut être effectuée en vertu des lois de 1836 et 1847 sous l'empire de la loi du 1er juin 1864.

275. Nous avons commenté ci-dessus (nos 266 et 267) l'article 4 et dernier de la loi du 20 mai 1836, en annonçant que cet article formait la seule disposition de cette loi qui fut encore en vigueur.

Les trois autres articles de la loi avaient pour objet de régler un cas très-exceptionnel d'aliénation domaniale. Mais la délégation conférée au gouvernement par ces textes était limitée par eux (art. 2) à dix années. Une loi du 10 juin 1847 l'a prorogée, avec certaines modifications, pendant un second délai de dix années qui a pris fin en 1857.

Une troisième loi eût été nécessaire pour opérer une nouvelle prorogation ; mais aucune loi de cette nature n'ayant été rendue, il faut tenir pour certain que la délégation conférée au gouvernement par les articles 1, 2 et 3 de la loi du 20 mai 1836 n'existe plus, qu'ils ne figurent pas au nombre des lois spéciales auxquelles se réfère la loi du 1er juin 1864, et que c'est à juste titre que le rapport de M. de Voize n'en fait pas mention.

Toutefois il pourrait arriver que des concessions faites anté-

Digitized by Google

rieurement au 10 juin 1847 pussent encore donner lieu à l'application de ces dispositions; et sous ce rapport il convient d'indiquer ici leur objet. Il est nécessaire aussi de leur donner place dans ce travail, afin de constater que ce serait à tort que le gouvernement prétendrait désormais en faire usage à titre nouveau.

276. Le domaine de l'État, et surtout les rives des forêts, ont souvent été l'objet d'usurpation. En 1836, les recherches faites à l'occasion de la délimitation des forêts domaniales firent découvrir que ces usurpations s'élevaient à une valeur d'environ 2 millions, répartie entre plus de dix mille détenteurs. C'est dans ces circonstances que fut présentée par le gouvernement la loi de 1836, réduite à un seul article, l'article 1er, auquel les articles suivants ont été ajoutés par voie d'amendements proposés par la commission de la Chambre des députés.

L'article 1er autorise le gouvernement « à concéder aux détenteurs, sur estimation contradictoire et aux conditions qu'il aura réglées, les terrains dont l'État n'est pas en possession, et qu'il serait fondé à revendiquer comme ayant été usurpés sur les rives des forêts domaniales antérieurement à la publication de la loi, les enclaves étant exceptées de cette disposition. »

L'article 2 § 2 étend cette faculté « aux usurpations commises sur la partie du domaine de l'État étrangère au sol forestier, pour tous les terrains dont la contenance n'excéderait pas 5 hectares. »

277. Cette loi avait un double but.

En premier lieu, elle dispensait l'État de l'embarras, des lenteurs et des inconvénients inévitables d'un grand nombre de procès, en lui permettant de transiger avec les détenteurs.

En second lieu, elle lui permettait, même au cas où il lui était facile d'établir son droit de propriété et où ce droit était reconnu par les détenteurs, de consolider leur possession précaire par voie de concession, au lieu de procéder à la mise en vente qui, par la crainte de voir passer l'immeuble en d'autres mains, eut pu engager à la résistance.

Ces motifs de la loi ont été exposés par le ministre des finances de la manière suivante :

« La multitude des procès qu'il aurait fallu soutenir pour

Digitized by Google

« faire rentrer l'État dans la propriété de ces terrains, les frais « qu'ils auraient occasionnés, la longue possession des usur- « pateurs, la crainte surtout de jeter le trouble dans la classe « nombreuse qui a fait de ces biens l'objet d'arrangements « divers et de partages de famille, ont empêché l'administra- « tion d'exercer son action dans toute la rigueur du droit. Par « ses soins toutefois, la prescription a été interrompue pour « les usurpations importantes, et, d'un autre côté, un grand « nombre de détenteurs ont été amenés à reconnaître le vice « de leur possession, et ont consenti à souscrire la soumission « d'acquérir à prix d'estimation les parcelles usurpées. »

278. La gravité de ces dispositions n'échappa point au législateur de 1836, et le rapporteur de la commission dit à la Chambre des députés :

« C'est une chose considérable en soi que d'autoriser des « transactions avec les usurpateurs du domaine de l'État. Une « pareille faculté peut paraître un encouragement à l'envahir, « une prime à l'usurpation même. — Toutefois il est pour « l'État, comme pour les particuliers, des faits qu'il faut subir, « que le temps a cimentés et dont il ne serait peut-être pas « sage de méconnaître l'influence. »

C'est par ces motifs que le pouvoir de concéder, nécessaire pour opérer ces transactions, ne fut délégué au gouvernement que dans des limites strictement déterminées :

1° Il fallait que le terrain usurpé fût placé sur les rives des forêts domaniales, ou qu'il fût étranger au sol forestier et d'une contenance n'excédant pas 5 hectares;

2° Le concessionnaire ne pût être que le détenteur actuel des terrains usurpés;

3° La concession ne pût être gratuite, elle dut être faite sur estimation contradictoire;

4° La faculté de concéder ne fût accordée au gouvernement que pour dix ans (art. 2, § 1er);

5° Le pouvoir législatif ne délégua son droit d'action qu'en se réservant un contrôle plus étroit, par l'obligation imposée au gouvernement (art. 3) de présenter annuellement aux Chambres un état des concessions faites en vertu de ladite loi indiquant les noms et domiciles des concessionnaires, la contenance approximative des terrains concédés et le prix des concessions.

Digitized by Google

279. En 1847, la loi du 10 juin, en prorogeant de dix autres années le délai départi par la loi du 20 mai 1836, a prescrit deux nouvelles limitations qu'il convient d'ajouter aux cinq conditions établies par la loi de 1836.

Ce sont :

6° La limite de cinq hectares imposée aux concessions de terrains provenant du sol forestier, à moins qu'ils ne soient possédés par des communautés d'habitants ;

7° La limite de dix ares imposée aux concessions de terrains sis dans les villes dont la population agglomérée dépasse cinq mille habitants.

280. C'était *au gouvernement* que les lois de 1836 et 1847 déléguaient le pouvoir de concéder, ainsi qu'il vient d'être dit, les terrains domaniaux usurpés, et l'ordonnance du 10 décembre 1837 réglant les formes de ces concessions. Le décret législatif du 25 mars 1852 [1] est venu décentraliser cette matière, en donnant au préfet, sans l'autorisation du ministre des finances, mais sur l'avis du chef de service, c'est-à-dire du directeur des domaines et du conservateur des forêts dans la plupart des cas, et en conseil de préfecture, le droit de consentir ces concessions lorsque le prix n'excédait pas 2,000 francs. Dans le cas contraire, c'était bien toujours le préfet qui passait l'acte, mais c'était le ministre des finances, dont l'approbation était alors nécessaire, qui pouvait seul l'autoriser à y procéder.

281. Tel était l'ensemble de cette législation spéciale, exceptionnelle et vraiment exorbitante, qui a cessé d'exister depuis l'expiration du second délai de dix ans, *à partir de la promulgation de la loi du* 10 *juin* 1847, c'est-à-dire en 1857.

Cependant le ministre des finances, en 1859, a concédé certaines parcelles de terrain domanial usurpé, en se fondant sur ce « qu'il s'agissait seulement de compléter des concessions « antérieurement consenties. » En 1861, le gouvernement en sollicitant une loi pour de semblables concessions a déclaré, dans la séance du Sénat du 29 mai 1861, que c'était uniquement parce qu'elles excédaient 5 hectares.

Or ce qui s'est produit ainsi en 1859 et en 1861, pourrait,

[1] Article 3, tableau C, 4°, ainsi conçu : « Concessions autorisées par les « lois des 20 mai 1836 et 10 juin 1847 des biens usurpés, lorsque le prix « n'excède pas deux mille francs. » — Instruction domaniale du 27 mai 1852, n° 1922.

Digitized by Google

au même titre, se reproduire encore sous l'empire de la loi du 1er juin 1864; mais n'hésitons pas à dire que l'administration ne peut user de cette faculté qu'autant que l'acte serait de nature à être considéré comme une conséquence et une sorte d'exécution d'une concession régulièrement accomplie antérieurement au 10 juin 1857.

S'il en était autrement, une loi spéciale d'autorisation serait nécessaire pour chaque concession nouvelle, lors même que le concessionnaire en aurait déjà obtenu une première avant 1857.

Cette exception est en effet tellement exorbitante que tout ce qui la concerne doit être considéré comme étant de droit étroit. Cette délégation était temporaire; les délais sont expirés; pour que le gouvernement puisse encore faire de pareilles concessions, il faut qu'une troisième loi lui rende ce droit, car depuis 1857 il ne l'a plus. Cette doctrine était déjà la seule vraie avant la loi du 1er juin 1864; elle acquiert de cette loi nouvelle une force plus grande, car cette loi n'a pu, en réservant les lois spéciales, avoir en vue celles de 1836 et 1847, qui, en 1864, n'existaient déjà plus.

§ 6.

Murs séparatifs des immeubles domaniaux et des propriétés privées.

SOMMAIRE.

282. Aliénation de mitoyenneté imposée par l'article 661 du Code Napoléon
283. Application de cette disposition au domaine de l'État, depuis comme avant la loi du 1er juin 1864.
284. Controverse en ce qui concerne les murs des *édifices publics*.

282. Aux termes de l'article 661 du Code Napoléon, « tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. »

Ainsi les relations du voisinage imposent au propriétaire d'un mur séparatif une aliénation forcée d'une partie de la chose, de son mur et du sol qui le porte. Son droit de propriété se transforme, à la réquisition du voisin, en une simple mitoyenneté, c'est-à-dire un droit de copropriété par portions indivises de l'objet intermédiaire servant de limite et de sépa-

Digitized by Google

ration aux deux propriétés contiguës. Nous avons déjà appelé cette disposition un cas d'expropriation pour cause d'utilité privée; il y a de plus cette circonstance que l'expropriation a lieu *ipso jure;* ce n'est pas un jugement, c'est la loi qui la prononce, sauf le payement de l'indemnité dont cette loi même fixe impérativement les bases.

283. Il est certain que cette disposition de l'article 661 du Code Napoléon, qui forme le droit commun de la propriété privée en France, est applicable à l'État comme à tout autre propriétaire en ce qui concerne son domaine privé.

Elle constitue donc pour cette sorte de propriété domaniale (les murs séparatifs et le sol qui les porte) un cas d'aliénation qui s'opère sans l'intervention spéciale de la législature.

C'est une aliénation *sui generis*, qui n'a rien de commun avec les trois modes ordinaires d'aliénation du domaine, l'échange, la concession et la vente; c'est une expropriation *sui generis*, qui s'applique à cette classe d'immeubles domaniaux comme l'expropriation pour cause d'utilité publique (V. nos 236 et 240) peut s'appliquer à tous autres; et l'article 661 du Code Napoléon est en effet, ainsi que l'indique le no 7 de l'énumération du rapport de M. de Voize, une de ces lois spéciales auxquelles la loi du 1er juin 1864 ne porte aucune atteinte.

284. A ce point, qui ne peut être l'objet d'aucun doute, se rattache la question plus délicate de savoir si l'article 661 du Code Napoléon est applicable aux murs des bâtiments domaniaux affectés à un service public national.

Cette question n'est elle-même qu'une portion de la controverse dont est l'objet l'application de l'article 661 du Code Napoléon à tous les édifices publics nationaux, départementaux et communaux.

La solution dépend de celle de savoir si ces édifices doivent être classés dans le domaine public, inaliénable et imprescriptible, ou s'ils doivent en être exclus. L'examen de cette difficulté nous éloignerait de la loi du 1er juin 1864; nous lui avons donné les développements qu'elle comporte dans notre *Traité des édifices publics* [1].

[1] V. dans cet ouvrage les nos 12, 14, 34, 37, 40, 41, et surtout les nos 39, 43 et 44, où se trouvent reproduits ou cités une décision ministérielle, un

Digitized by Google

§ 7.

Biens des successions appréhendées par l'État par droit de déshérence.

SOMMAIRE.

285. Le rapport de la commission législative considère à tort ces biens comme exceptés de l'application de la loi du 1er juin 1864.
286. Distinction des successions vacantes et des successions en déshérence.
287. Les successions en déshérence sont appréhendées, liquidées, par l'État lui-même, et détenues par lui a titre de propriétaire. — Assertions erronées du rapport.
288. Opinion de MM. Gaudry et Demolombe et de l'ensemble des auteurs.
289. La différence principale entre l'État et les héritiers et successeurs irréguliers consiste en ce qu'il jouit de plein droit du bénéfice de n'être tenu des charges qu'*intra vires successionis*.
290. Au point de vue actif, assimilation de l'État aux autres successeurs.
291. Réfutation de la doctrine de Toullier, reproduite dans le rapport de la commission. — Articles 539, 713, 723, 724 et 768 du Code Napoléon.
292. La possibilité d'être évincé par un successible qui se présenterait dans le délai de trente ans à partir de l'ouverture de la succession, aux termes de l'article 789 du Code Napoléon, est la même pour l'État que pour tous les héritiers et successeurs irréguliers.
293. Ils peuvent tous aliéner les biens, et la jurisprudence qui rend incommutable les aliénations consenties par l'héritier apparent est entièrement applicable à l'État.
294. La théorie du rapport n'est même pas en harmonie avec les prescriptions de la circulaire ministérielle du 8 juillet 1806 sur les successions en déshérence.
295. Conclusion. — Les biens des successions en déshérence sont, à partir du jugement d'envoi en possession, soumis à toutes les règles de la domanialité et à l'application entière de la loi du 1er juin 1864.

285. Les biens des successions en déshérence, qui à ce titre sont appréhendés par l'État et entrent dans son domaine, nous paraissent soumis au droit commun de la domanialité. Nous n'admettons pas qu'il existe de loi spéciale relative à leur aliénation et dérogeant aux règles ordinaires. C'est dire que, d'après nous, cette classe d'immeubles domaniaux ne doit pas figurer parmi ceux qui échappent, à un titre quelconque, à l'application de la loi nouvelle du 1er juin 1864.

arrêt de la Cour de Paris, un arrêt de la Cour de Toulouse et un arrêt de la Cour de cassation, qui statuent sur la question relativement à une mairie, un hôtel de préfecture et des églises. Il n'existe pas, à notre connaissance, de décision rendue en ce qui concerne des édifices publics domaniaux.

Digitized by Google

Mais le rapport de M. de Voize les fait figurer dans l'énumération (ci-dessus reproduite n° 222) des immeubles domaniaux soumis, au point de vue de leur aliénation, à un régime exceptionnel. Qu'il nous soit permis de dire que cette mention nous semble manquer d'exactitude, et que le rapport ne nous paraît pas être un fidèle interprète de la législation relative aux successions en déshérence.

Nous devons, en raison même de nos critiques, rappeler les termes mêmes du rapport :

« Enfin, porte-t-il, les biens de personnes qui décèdent sans « héritiers et que le domaine peut aliéner en sa qualité d'ad- « ministrateur et d'après les formes prescrites pour les ventes « de biens de mineurs. Ces biens, en effet, quoique régis par « le domaine, ne font retour à l'État qu'après l'expiration des « délais de prescription. »

Il y a là deux propositions que nous demandons la permission de considérer comme étant, l'une et l'autre, à côté de la vérité juridique.

D'après la première proposition, l'État ne serait qu'*administrateur* des successions en déshérence; il n'en deviendrait propriétaire *qu'après l'expiration des délais de prescription*, c'est-à-dire après trente ans.

D'après la seconde proposition, l'État, pendant ce long intervalle de trente années, serait autorisé à aliéner ces biens *d'après les formes prescrites pour les ventes des biens de mineurs*, et sans application des règles domaniales consacrées notamment dans la loi du 1er juin 1864.

Le présent paragraphe est consacré à la réfutation de ces deux propositions.

286. En premier lieu, il n'est pas douteux que ce sont les successions en déshérence que le rapport a voulu et pu seules désigner par ces mots : *les biens des personnes qui décèdent sans héritiers*. Le rapport le dit même dans un autre passage que nous allons indiquer au numéro suivant.

On distingue en effet :

1° Les *successions vacantes*, auxquelles les héritiers ont renoncé, successions généralement mauvaises, qui sont liquidées par un curateur nommé conformément à l'article 812 du Code Napoléon, et dont les attributions sont déterminées par les articles 813 et 814. Ce curateur n'est qu'un administrateur; il

Digitized by Google

doit liquider à charge de rendre compte; il aliène les immeubles, et c'est de lui qu'il est vrai de dire qu'il procède à cette aliénation dans la forme des ventes de biens de mineurs, en vertu des articles 1001, 987 et 988 du Code de procédure civile.

2° Les *successions en déshérence*, c'est-à-dire où il n'y a pas d'héritiers, et qu'appréhende l'État à défaut de parents successibles, d'enfant naturel ou de conjoint survivant.

Cette distinction, consacrée par une doctrine unanime, est établie dans une circulaire bien connue du grand juge, ministre de la justice, en date du 8 juillet 1806.

L'État a d'ailleurs le droit, à toute époque, de faire cesser l'administration du curateur d'une succession vacante en se présentant pour l'appréhender. Dès lors cette succession cesse d'être *vacante*, et le curateur doit rendre compte à l'administration des domaines de son état actuel. Sous ce rapport, le domaine n'a ni plus ni moins de droit qu'un héritier qui ne se serait pas encore fait connaître, ou même qu'un héritier qui aurait renoncé et que l'article 790 du Code Napoléon autorise à ressaisir la succession, tant qu'elle n'a pas été acceptée par d'autres héritiers ou par l'État, nonobstant certains avis contraires [1].

Le rapport de M. de Voize ne paraît pas contredire ces principes et ces distinctions.

287. Mais il suppose qu'une succession dévolue à l'État ne lui appartient *qu'après l'expiration des délais de prescription.*

Cette idée se fait également jour dans une autre partie du même rapport, ci-dessus reproduite (n° 160), qui ne soumet au droit commun de la domanialité et à l'application de la loi nouvelle les biens dévolus à l'État à titre de successeur irrégulier *qu'après l'expiration du délai de prescription.*

Jusqu'à ce moment le rapport ne reconnaît à l'État sur ces biens que les droits d'un *administrateur*; il considère sa position comme étant analogue à celle du curateur d'une succession vacante, et même, dans cet autre passage rapporté n° 160, il paraît supposer que les successions en déshérence seraient

[1] *Sic* Chabot de l'Allier, *Commentaire du titre des successions*, art. 790. — Gaudry, *Traité du domaine*, t. II, p. 139. — *Contrà* Duranton, t. VI, n° 567.

Digitized by Google

pendant ces trente années entre les mains *d'un administrateur provisoire.*

Or les successions vacantes sont seules régies par des curateurs, au grand détriment des ayants droit, créanciers ou autres, qui gagneraient beaucoup (ainsi que de bons esprits le réclament) à ce que l'administration des domaines voulût bien demander la mise en possession de toutes les successions vacantes et se charger elle-même de leur liquidation.

Mais si les successions vacantes ne sont pas appréhendées par l'État, qui conserve toutefois le droit de s'en saisir quand il le juge à propos, il n'en est pas ainsi des successions en déshérence. L'État les appréhende, les liquide et les administre lui-même par les préposés des domaines; il n'y a pas d'*administrateur provisoire* étranger, et ce n'est nullement à titre d'*administrateur* que l'État les détient par les mains de ses agents.

C'est à titre successif que l'État se saisit des successions en déshérence. Loin d'être limités comme ceux d'un curateur de succession vacante, simple mandataire salarié chargé d'administrer pour autrui selon des règles tracées par la loi, les droits de l'État sur la succession en déshérence sont ceux de tout héritier.

288. L'État est propriétaire de cette succession, à partir de son envoi en possession (Cassation, arrêt du 13 juin 1855), c'est-à-dire à partir de l'événement qui en fait une succession en déshérence. C'est ce que constatent les auteurs qui ont écrit, soit sur le droit administratif, soit sur le droit civil.

M. Gaudry[1] le dit parfaitement : « Depuis ce moment, l'État « jouit à titre de propriétaire, non qu'il ne puisse être des- « saisi si un successible se représentait, mais jusque-là il dé- « tient *titulo hæredis.* »

M. Demolombe[2] exprime aussi la même vérité lorsqu'il dit : « Quoique l'État recueille les biens de la succession en déshé- « rence, comme des biens vacants et sans maître, ce n'en est « pas moins pourtant la *succession* du *de cujus* qu'il recueille, « c'est-à-dire l'universalité des biens que le *de cujus* a laissés.

[1] *Traité du domaine*, t. II, p. 169.

[2] *Traité des successions*, t. II, p. 262.

Digitized by Google

« — En conséquence, sa position vis-à-vis de cette succession « doit être, sous beaucoup de rapports, activement et passivement la même que celle d'un successeur irrégulier.

« C'est ainsi, d'une part, que l'État peut exercer tous les « droits qui résultent de cette espèce de succession irrégulière « (comp. Colmar, 18 janvier 1850, Rauner, Dev., 1851, 2, 533); « et il lui appartient de donner à ses agents et préposés les « instructions qu'il juge à cet égard convenables.

« Et pareillement, d'autre part, l'État est soumis à l'exercice « de toutes les actions passives que des tiers pouvaient avoir « contre le défunt, sauf toutefois les modifications importantes « qui peuvent résulter des règles établies pour la gestion et la « liquidation des biens et des dettes de l'État; mais ce sujet « n'est pas le nôtre. »

289. La différence principale qui existe entre l'État, successeur irrégulier, et tous autres héritiers et successeurs, consiste en effet, au point de vue passif, en ce que l'État, pour n'être tenu des dettes des successions en déshérence que dans la limite de leur émolument, n'est pas dans l'obligation de faire une déclaration d'acceptation bénéficiaire. Il jouit de plein droit du bénéfice de ne supporter les charges que *intra vires successionis*. C'est une conséquence du principe constitutionnel d'après lequel l'État ne peut être grevé de dettes non votées comme dépenses publiques. L'État offre d'ailleurs aux intéressés les plus complètes garanties de l'exacte représentation des valeurs héréditaires. Si toutefois l'administration des domaines avait négligé de faire procéder à la rédaction de l'inventaire prescrit par l'article 769 du Code Napoléon, la consistance de la succession pourrait être établie par tous les modes de preuve, et des dommages-intérêts pourraient être alloués aux intéressés aux termes de l'article 772 du Code Napoléon.

290. Mais, au point de vue actif, il n'y a point de différence entre l'État et les autres successeurs en ce qui concerne les droits résultant pour lui de la dévolution de la succession. Il détient la succession à titre héréditaire. A partir de l'envoi en possession prononcé par le tribunal en vertu de l'article 770 du Code Napoléon, il en devient propriétaire *actuellement* et non pas seulement trente années plus tard, comme le suppose le rapport de la commission.

291. L'idée qui a ainsi trouvé place dans le rapport avait

Digitized by Google

été autrefois formulée par Toullier[1], qui avait soutenu que « l'État, jusqu'à ce que la prescription de trente ans soit ac- « quise, n'est qu'un dépositaire légal des biens. » Mais cette opinion avait été victorieusement réfutée, et nous avons montré, par les citations faites au n° 288, que la doctrine contemporaine n'en tient aucun compte.

Comment, en effet, soutenir cette thèse en présence de l'article 539 du Code Napoléon, d'après lequel « tous les biens vacants et sans maîtres, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, *appartiennent* au domaine » ?

En présence de l'article 713 portant que « les biens qui n'ont pas de maître *appartiennent* à l'État » ?

En présence de l'article 723 d'après lequel, à défaut d'héritiers légitimes, « *les biens passent* aux enfants naturels, ensuite à l'époux survivant, et, s'il n'y en a pas, à l'État » ?

En présence de l'article 724 qui dispose que « les enfants naturels, l'époux survivant et l'État *doivent se faire envoyer en possession par justice* » ?

En présence de l'article 768 ainsi conçu : « A défaut de conjoint survivant, *la succession est acquise à l'État* » ?

Donc une fois que l'État s'est saisi d'une succession en déshérence, en vertu du jugement d'envoi en possession exigé au même titre pour lui que pour l'époux survivant et les enfants naturels, il acquiert immédiatement, comme un héritier légitime, la propriété de tous les biens dont cette succession se compose, sans attendre l'expiration du délai de trente ans ni d'aucun autre délai.

292. Ce n'est pas à dire cependant que cette propriété soit irrévocable, incommutable entre les mains de l'État. Il subit le sort de tous les héritiers. Tant que trente années ne se sont pas écoulées à partir de l'ouverture de la succession (Cassation, 13 juin 1855) et non de l'envoi en possession, l'article 789 du Code Napoléon permet aux héritiers plus proches de former leur action en pétition d'hérédité Mais c'est là le droit commun, applicable aussi bien aux héritiers légitimes saisis de plein droit qu'aux héritiers irréguliers saisis par justice. Les uns et les autres ne seront propriétaires incommutables qu'à

[1] Tome IV, p. 289.

Digitized by Google

l'expiration de ce délai; mais en attendant et tant que la révocation ne s'accomplit pas, tant qu'un héritier ne sollicite pas l'arrêté de restitution du préfet en ce qui concerne les successions en déshérence, et ne saisit pas les tribunaux de sa demande en cas de résistance, l'héritier légitime, l'État et les autres héritiers irréguliers détiennent à titre héréditaire et peuvent exercer tous les droits de la propriété.

293. Ils peuvent notamment aliéner les biens sans y être autorisés par justice. Une jurisprudence unanime, qui a triomphé de tous les efforts et doit être considérée comme inébranlable, décide que, sauf le cas de mauvaise foi, les aliénations faites par l'héritier apparent doivent être respectées par l'héritier véritable.

Les aliénations faites par l'État suivent la même loi; son droit est identique; comme tout autre héritier, l'État peut disposer à son gré des biens qui composent la succession en déshérence, sans être tenu d'attendre trente années. Ses actes, pour être inattaquables, ne sont nullement soumis aux formalités des ventes de biens de mineurs, quoi qu'en dise le rapport de la commission de 1864. Aucune loi spéciale, aucun texte n'en fait une obligation à l'État, ne lui en donne même la faculté, et par conséquent ne déroge aux règles qui régissent l'aliénation des biens domaniaux.

294. Nous n'aurions compris la thèse du rapport qu'autant qu'il l'eût appliquée, non pas au délai de trente ans, mais à un simple délai d'une année. Il se serait alors trouvé d'accord avec la circulaire du ministre de la justice du 8 juillet 1806, qui prescrit ainsi qu'il suit les formalités des trois publications et affiches devant, aux termes de l'article 770 du Code Napoléon, précéder le jugement d'envoi en possession.

« Le premier acte du tribunal sur la demande d'envoi en « possession, porte cette circulaire, sera inséré au *Moniteur*. « Les trois affiches, qui doivent précéder le jugement d'envoi « en possession, seront apposées dans le ressort du tribunal de « l'ouverture de la succession de trois mois en trois mois. Le « jugement d'envoi en possession ne sera prononcé qu'*un an* « après la demande; et, jusqu'à ce jugement, aucun acte trans- « latif de jouissance ou de propriété ne sera fait qu'après qu'il « aura été ordonné par le tribunal. »

Digitized by Google

Nous trouvons bien dans ces prudentes et sages prescriptions un délai d'une année pendant lequel il est recommandé aux agents du domaine de ne pas aliéner sans un jugement qui autorise la vente, comme pour les biens de mineurs. Mais tout ceci est antérieur à l'envoi en possession.

Il y a loin de là à la théorie qui s'est glissée dans le rapport de la commission législative de 1864. Il n'existe cependant aucun autre texte, il n'existe surtout aucune disposition législative spéciale à l'aliénation des biens faisant partie des successions en déshérence.

295. De cette discussion nous devons conclure que l'État, régulièrement saisi d'une succession en déshérence en vertu du jugement d'envoi en possession rendu par le tribunal de l'ouverture de la succession, peut en disposer comme bon lui semble après en avoir payé les dettes. Il peut, quoi qu'il arrive ultérieurement, sauf le cas peu probable de mauvaise foi, aliéner tous les biens de cette succession d'une manière incommutable et définitive.

Dès l'envoi en possession, ces biens sont entrés dans le domaine de l'État et doivent être traités comme biens domaniaux. L'aliénation des immeubles est entièrement soumise à l'ensemble des règles que nous avons exposées et qui forment le droit commun de la domanialité.

Ils ne peuvent être aliénés, comme tout autre immeuble domanial, que par voie d'échange, de concession ou de vente, suivant les règles ci-dessus décrites.

Pour les échanger ou les concéder, il faut une loi spéciale d'autorisation.

Pour les vendre, il faudra suivre désormais les prescriptions de la loi du 1er juin 1864. Si l'immeuble provenant d'une succession en déshérence est d'une valeur estimative qui ne dépasse pas un million, l'administration des domaines est autorisée à le mettre en vente lorsqu'elle le jugera convenable et dans les formes administratives ordinaires, sans qu'aucune décision judiciaire ait à intervenir. Si la valeur estimative de l'immeuble est au contraire supérieure à un million, il ne pourra être vendu qu'en vertu d'une loi.

Loin d'admettre, pour les biens qui composent une succession en déshérence, une dérogation quelconque aux règles ordinaires et à la loi du 1er juin 1864, nous n'avons à constater,

Digitized by Google

en ce qui concerne ces biens, que l'application entière de ces règles et de cette loi.

Telle est la situation faite à ces biens par le jugement d'envoi en possession; l'erreur capitale sur laquelle repose la théorie du rapport de la commission consiste à reporter cette situation trente ans après l'ouverture de la succession.

SECTION V.

Rapports de la loi du 1er juin 1864 avec les édifices domaniaux affectés à un service public.

SOMMAIRE.

296. Division des *édifices publics* en trois classes : nationaux, départementaux et communaux. — Il faut écarter ici les deux dernières classes.
297. Subdivision des édifices publics *nationaux* en trois catégories : édifices publics *du domaine de la couronne*, édifices publics *du domaine public*, édifices publics *du domaine de l'État*. — Pour ces derniers seulement se présente la question de savoir si la loi du 1er juin 1864 leur est applicable?
298. Trois solutions possibles.
299. La loi du 1er juin 1864 est étrangère au classement de ces édifices publics dans le domaine public ou dans le domaine de l'État. Ce point de droit reste après la loi nouvelle ce qu'il était avant.
300. Opinion formulée dans le rapport supplémentaire de M. de Voize.
301. Renvoi pour sa réfutation à notre *Traité des édifices publics d'après la législation civile, administrative et criminelle* ou *du classement domanial des édifices affectés à un service public national, départemental et communal.*
302. La proposition du rapport est dénuée de preuve et se produit à tort comme étant unanimement acceptée.
303. Elle peut être considérée comme l'opinion personnelle du rapporteur, et peut être combattue au même titre que les autres parties du même rapport déjà réfutées.
304. Cette proposition s'est aussi produite, mais d'une manière moins positive, dans les discours prononcés à la séance du 27 avril 1864.
305. Elle s'est produite à l'occasion de l'article 4 de la loi de 1850, dont on affirmait l'existence actuelle, et dans l'oubli du décret du 24 mars 1852, circonstance qui atténue encore l'importance de ce qui, sous l'empire de cette idée, a été dit relativement aux édifices publics.
306. Tableau officiel des biens domaniaux affectés à un service public à la date du 1er janvier 1864.
307. Position de la question qui dérive de la loi du 1er juin 1864 par rapport aux édifices publics du domaine de l'État.
308. Solution. La loi de 1864 ne leur est pas applicable; tant que leur affectation n'a pas cessé, ils ne peuvent être aliénés qu'en vertu d'une loi, quelle que soit leur valeur.

Digitized by Google

309. Première raison de décider.
310. Deuxième raison de décider.
311. Troisième raison de décider.
312. Quatrième raison de décider.
313. Cinquième raison de décider.
314. Sixième raison de décider.
315. La question présente, sous ce rapport, peu d'intérêt pratique, parce qu'en fait le gouvernement ne s'occupe de la mise en vente qu'après avoir mis fin à l'affectation, et l'immeuble tombe alors dans le cercle d'application de la loi du 1er juin 1864.
316. Deux objections.
317. Réfutation de la première objection. — Détermination du caractère de l'intervention législative en matière d'aliénation domaniale, et assimilation aux forêts de l'État.
318. Suite. Réfutation déduite de la loi même du 1er juin 1864.
319. Suite.
320. Suite. Une loi n'est nécessaire que pour l'aliénation des édifices publics nationaux, et non pour celle des édifices publics départementaux et communaux, quoiqu'ils soient tous de la même nature.
321. Suite. Les dépendances du domaine public ne peuvent être aliénées même en vertu d'une loi.
322. Réfutation de la seconde objection. Renvoi.
323. Caractère élémentaire des vérités qui précèdent.
324. Fin du traité.

296. Les édifices publics se divisent en trois grandes classes. Il y a les édifices publics *nationaux*, ainsi nommés parce qu'ils font partie du domaine national; les édifices publics *départementaux*, qui font partie du domaine départemental; et les édifices publics *communaux*, qui font partie du domaine communal.

Nous n'avons pas à nous occuper ici de ces deux dernières classes d'édifices; la loi du 1er juin 1864 est en effet étrangère aux domaines des départements et des communes, et ne concerne que celui de l'État. Les édifices publics nationaux sont donc seuls susceptibles d'être régis par cette loi.

297. Les *édifices publics nationaux* se subdivisent eux-mêmes en trois catégories, comme le domaine national dont ils font partie [1].

1° Les uns sont placés par des textes formels parmi les dépendances du *domaine de la couronne*.

Ils sont inaliénables et imprescriptibles; ils échappent à ce titre, de l'aveu de tous, à l'application de la loi du 1er juin 1864.

[1] V. ci-dessus nos 21, 22, 23, 24 et 25.

Digitized by Google

2° D'autres, comme les citadelles (art. 540 C. Nap.) et les cathédrales (art. 12 du concordat de 1801), sont placés par d'autres textes en dehors du commerce et dans le domaine public, ou bien en font partie, comme les gares de chemins de fer, à titre d'accessoires indispensables de quelqu'une des dépendances de ce domaine et faisant corps avec elle.

Ces édifices publics sont également inaliénables et imprescriptibles, et échappent, au même titre et de l'aveu de tous, à l'application de la loi du 1er juin 1864.

3° Les autres enfin, non les plus importants, mais les plus nombreux, formant la généralité des édifices publics nationaux, font, d'après nous, partie du *domaine de l'État proprement dit*, en raison même de cette circonstance qu'aucun texte ne les attribue au domaine public ou au domaine de la couronne, et que leur affectation est impuissante par elle-même à modifier leur nature juridique et leur caractère domanial. Mais si les deux précédentes catégories d'édifices ne peuvent au point de vue de leur classement être l'objet d'une difficulté sérieuse, il en est autrement des édifices de cette dernière catégorie, ainsi que nous allons l'indiquer dans les numéros qui suivent.

C'est uniquement au sujet des édifices de cette troisième catégorie, tels que les hôtels des ministères, que peut et doit être traitée la question de savoir si la loi du 1er juin 1864 est applicable aux bâtiments domaniaux affectés à un service public.

L'examen de cette question fait l'objet de cette dernière section, destinée à clore ce commentaire de la loi nouvelle.

298. Il y a trois solutions possibles de cette question.

La première consiste à écarter la question elle-même par une fin de non-recevoir, en classant les édifices publics dont il s'agit dans le domaine public, *inaliénable* et imprescriptible, comme les édifices pour lesquels un texte spécial opère ce classement. Il est évident que, dans cette opinion, la troisième catégorie d'édifices publics nationaux se confondant avec la seconde, il n'y a plus lieu de se demander quelles sont les règles de leur aliénation, puisqu'on les déclare inaliénables.

Les deux autres solutions supposent au contraire l'admission de notre système de classement de ces édifices, dans le domaine de l'État, aliénable et prescriptible.

Digitized by Google

La seconde consiste à dire que la loi du 1er juin 1864 leur est applicable, en ce sens qu'ils peuvent être vendus sans une loi d'autorisation, si leur valeur ne dépasse pas un million, en vertu d'une loi si leur valeur est supérieure.

La troisième et dernière solution consiste à dire que, par dérogation au droit commun formulé dans la loi nouvelle, ces édifices ne peuvent être aliénés, quelle que soit leur valeur, qu'en vertu d'une loi.

De ces trois solutions, quelle est celle que comportent le texte et l'esprit de la loi du 1er juin 1864?

299. Cette loi n'a nullement eu pour objet de régler le classement des édifices publics nationaux dans le domaine public ou dans le domaine de l'État. Elle ne contient donc aucune solution sur ce point, et pour s'en convaincre il suffit de lire le texte de la loi.

Il est certain d'ailleurs que le législateur de 1864 n'a pas eu la pensée de résoudre ce point controversé.

On peut donc affirmer en toute sécurité de conscience que ce point de droit reste, après la loi du 1er juin 1864, ce qu'il était avant, quelles que puissent être les mentions du rapport présenté au nom de la commission.

300. Nous savons en effet que ce rapport, dans les développements qu'il a présentés sur la composition du domaine public, du domaine de la couronne et du domaine de l'État, a fait figurer les édifices dont nous parlons parmi les dépendances du domaine public.

Nous avons déjà protesté (n° 163) contre l'un des passages de ce rapport où cette idée était formulée.

Nous en reproduisons un autre passage[1] où cette opinion

[1] Voici cet autre passage du rapport de M. de Voize (supplément au *Moniteur universel* du 29 mai 1864, annexe C, Corps législatif, page x, 1re et 2e colonnes) :

« *Le domaine public* est celui qui, d'après la définition de l'article 538 « du Code civil, n'est pas susceptible d'une propriété privée; il se compose « des immeubles qui servent à l'usage public, tels que les fleuves, les « rivières, les routes, *les hôtels affectés aux divers ministères*, les fortifica- « tions, etc. Il comprend également nos monuments que tout le monde « admire et qui contribuent à la grandeur et à la gloire du pays. Sa valeur, « au 1er janvier 1864, s'élevait à plus de 700 millions, ainsi que l'établit « l'état A, à la suite du rapport, sans y comprendre les fleuves, rivières, « routes, chemins de fer, etc., etc., ni le domaine de la couronne. *Aucun*

Digitized by Google

est aussi formellement exprimée, en ce que les *hôtels des ministères* sont classés parmi les dépendances du domaine public, inaliénable et imprescriptible.

301. Avant la publication de ce rapport et la présentation même du projet de loi dans son état primitif, nous avions fait de la réfutation de cette proposition l'objet principal du *Traité sur les édifices publics d'après la législation civile, administrative et criminelle,* auquel nous nous sommes déjà plusieurs fois référé.

Nous renvoyons encore aux développements étendus que nous avons donnés dans cette publication à toutes les questions de classement et de domanialité relatives aux édifices publics.

302. Ce renvoi pur et simple à une argumentation écrite antérieurement au rapport de la commission de 1864 ne serait pas suffisant, si ce rapport avait produit quelque motif ou quelque preuve à l'appui de son dire. Ce serait notre devoir de les examiner, soit pour entreprendre leur réfutation, soit pour proclamer la justesse de leurs déductions. Mais nous n'y trouvons qu'une assertion, sans motif et preuve.

Le rapport affirme même qu'*aucun doute ne peut s'élever en ce qui concerne ces biens.* A cet égard il paraît peu au courant de la question; car, en exposant l'état de cette controverse, nous avons publié les opinions professées par la majorité des auteurs qui ont écrit sur le droit administratif, MM. Macarel, Boulatignier, Dalloz, Maurice Block, Batbie, Dufour, Laferrière, qui tous[1] ont classé comme nous, dans le domaine privé de l'État, aliénable et prescriptible, l'ensemble des édifices domaniaux affectés à un service public, et notamment *les hôtels affectés aux divers ministères* que le rapport place nominativement dans le domaine public.

303. Ce passage du rapport n'emprunte aucune force au vote de la loi par le Corps législatif; cette assemblée n'a pas eu à se prononcer sur ce point; elle ne l'a pas examiné, et son vote ne s'y réfère ni directement ni indirectement.

Peut-être même pourrait-on considérer ce passage du rap-

« *doute ne peut s'élever en ce qui concerne ces biens :* ils sont inaliénables « et imprescriptibles (art. 358 et 1598 du Code Napoléon). »

[1] *Des édifices publics,* nos 28 à 37, p. 21 à 25.

Digitized by Google

port, comme exprimant plutôt l'opinion personnelle du rapporteur que l'opinion de la majorité de la commission. Il ne forme en effet dans le rapport qu'un développement secondaire, d'un caractère scientifique et doctrinal, sur lequel n'a certes pas porté le vote de la commission, et que l'on peut même considérer comme n'ayant pas été l'objet d'un examen particulier de la part de la commission principalement préoccupée de l'objet direct de la loi.

Cette thèse du rapport, ainsi réduite à sa véritable valeur, celle de l'opinion personnelle du rapporteur, constitue sans doute une autorité fort respectable de plus dans le sens du classement des édifices publics dans le domaine public.

Mais de même que nous avons été amenés à trouver ce même rapport en contradiction avec les mots *continueront à être vendus* de la loi nouvelle (nos 144 à 154), quoique selon toute vraisemblance le rapporteur ait exprimé dans cette partie de son œuvre la pensée de la majorité de la commission; — de même que nous avons vu dans ce rapport une énumération incomplète des immeubles domaniaux auxquels s'applique cette loi (no 162); — de même que nous avons dû réfuter (nos 285 à 295) une théorie erronée des droits de l'État sur les successions en déshérence, exprimée dans le même rapport; — de même enfin que nous montrions tout à l'heure (no 302) que le rapport se trompait en considérant l'inaliénabilité des édifices publics et leur classement dans le domaine public comme ne faisant l'objet d'*aucun doute*, tandis que des auteurs nombreux et considérables ont affirmé le contraire; — de même, en présence de l'affirmation sans justification et sans preuve, par laquelle ce rapport classe ces édifices dans le domaine public, nous sommes autorisés à maintenir sans restriction la démonstration que dans une autre publication nous avons déduite de nos lois civiles, administratives et criminelles, de l'histoire et du raisonnement, dans le sens du classement de ces mêmes édifices dans le domaine de l'État, aliénable et prescriptible.

304. Nous devons reconnaître toutefois que cette proposition ne s'est pas seulement produite dans le rapport supplémentaire de la commission, mais qu'elle peut être aussi retrouvée, quoiqu'en termes moins nets et moins positifs, dans les discours des orateurs qui ont pris part aux débats du 27 avril 1864; en parlant des bâtiments domaniaux à vendre lorsqu'ils cessent

Digitized by Google

d'être affectés à des services publics, plusieurs orateurs ont dit qu'*ils sortaient du domaine public.*

Il nous paraît impossible de tirer aucune conséquence de ces locutions échappées à l'improvisation, sur un sujet accessoire, ne formant pas l'objet du débat. Il nous paraît même dangereux de prétendre y trouver l'opinion de l'orateur sur un point de droit important, auquel sa pensée ne s'est pas arrêtée d'une manière particulière.

305. Il y a plus, c'est à l'occasion de l'article 4 de la loi du 18 mai 1850 qui exigeait une loi pour l'affectation des immeubles domaniaux à un service public, que ces expressions ont été employées.

Or nous avons montré ci-dessus (nos 117 à 120) que toute cette discussion s'est produite sous l'empire de l'idée fausse que ce texte existait encore. Nous avons prouvé que ce n'était point là un mot ou une erreur échappée à la chaleur d'une discussion; nous avons vu que cette erreur était écrite dans le premier rapport de M. de Voize parlant au nom de la commission, qu'elle a été reproduite verbalement par lui à la séance du 27 avril au début de la discussion, qu'elle a pesé sur tous les débats et a été énergiquement affirmée par M. Berryer au moment même où l'Assemblée demandait déjà à aller aux voix.

Et c'est précisément le décret du 24 mars 1852, qui, tout en prononçant l'abrogation de l'article 4 de la loi de 1850, déclare que *l'affectation d'un immeuble à un service public n'altère en rien son caractère domanial!*

Si ce décret de 1852 eût été moins oublié dans le cours de cette discussion, peut-on douter qu'il n'eût pas empêché quelques-uns des éloges adressés à l'article 4 de la loi de 1850? peut-on douter qu'il n'eût pas été de nature à rectifier les locutions employées à l'égard des bâtiments domaniaux affectés à un service public?

306. Des travaux préparatoires de la loi du 1er juin 1864 et des débats législatifs qui l'ont précédé, il n'est qu'une chose vraiment utile à constater et à conserver en ce qui concerne les édifices publics, c'est le tableau A annexé au rapport supplémentaire de M. de Voize (*Moniteur*, supplément du 29 mai, annexe *c*, page x, 3e colonne), qu'annonce le passage du rapport ci-dessus reproduit no 300.

Nous avons en partie reproduit et analysé dans notre *Traité*

Digitized by Google

des édifices publics (nos 155 à 166) la publication officielle, faite en 1836 sous le titre de *État des propriétés immobilières appartenant à l'État.* Nous y avons vu que celles de ces propriétés affectées à un service public s'élevaient en valeur à environ 537 millions et étaient au nombre de 8,770.

Le tableau suivant, qui ne donne que les totaux, tandis que l'état de 1836 était détaillé, montre cependant que dans cet espace de près de vingt-neuf ans (du 1er juillet 1835 au 1er janvier 1864) la progression de cet élément de la fortune publique a été, en capital, d'environ 163 millions, et, en nombre, de 1,569 immeubles.

Voici ce tableau tel que l'a donné le *Moniteur* :

ÉTAT A.

Biens affectés à un service public à la date du 1er janvier 1864, non compris les fleuves, rivières, routes, chemins de fer, ports-rivages de la mer, etc., ni le domaine de la Couronne.

DÉSIGNATION DES SERVICES.	IMMEUBLES.	
	Nombre.	Capital.
		fr.
Sénat	10	8,225,725
Corps législatif	2	13,450,000
Ministère d'État	84	46,914,872
— de la justice	32	15,831,300
— des affaires étrangères	1	8,000,000
— des finances	1,430	45,834,884
— de l'intérieur	56	23,193,853
— de la marine	353	127,240,660
— de l'instruction publique et des cultes	410	78,417,646
— de l'agriculture, du commerce et des travaux publics	2,250	48,446,632
— de la guerre	5,711	284,489,685
	10,339	700,045,266

Nota. L'estimation, en capital, est, pour la presque totalité des articles, la même que celle qui figure sur le tableau imprimé en 1836.

307. Sous le bénéfice du renvoi ci-dessus (n° 301) et des considérations qui viennent d'être présentées, nous tiendrons pour constant que les édifices publics nationaux non placés par un texte en dehors du commerce, tels que les hôtels des ministères, ou ne formant pas des accessoires du domaine public, comme les arcs de triomphe, font partie du do-

Digitized by Google

maine de l'État et sont à ce titre aliénables et prescriptibles.

Il faut rechercher désormais, en plaçant ces édifices en présence de la loi du 1er juin 1864, quelle est celle des deux dernières solutions indiquées n° 298, qui doit leur être faite sur la question de savoir si ces édifices domaniaux entrent dans la sphère d'application de la loi du 1er juin 1864.

Nous ne considérons ici ces édifices que pendant la durée de leur affectation à un service public; lorsque cette affectation a cessé, il n'y a plus de question; ce ne sont plus alors des édifices publics, et tout le monde a reconnu que ce sont surtout les immeubles précédemment affectés à un service public et délaissés, qu'il y a lieu de vendre en suivant les prescriptions de la loi nouvelle.

Mais tant que dure l'affectation, ces édifices publics, aliénables et prescriptibles nonobstant cette affectation qui ne change pas leur nature légale et leur caractère domanial, sont-ils soumis pour leur aliénation à la loi du 1er juin 1864? Une loi ne serait-elle nécessaire pour les vendre qu'autant que leur valeur estimative dépasserait un million? Ou bien au contraire ne pourraient-ils, quelque soit leur valeur, être mis en vente qu'en vertu d'une loi?

308. Cette dernière solution nous paraît devoir être préférée.

Nous croyons que tant que les édifices domaniaux dont nous nous occupons sont affectés à un service public, ils ne peuvent être mis en vente, comme les forêts domaniales, qu'en vertu d'une loi, quelque soit leur valeur estimative.

C'est dire que nous classons ces édifices parmi *les immeubles domaniaux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales* auxquelles la loi du 1er juin 1864 n'entend pas déroger.

Cette solution nous semble commandée :

1° Par la réserve toujours faite relativement aux immeubles affectés aux services publics dans les lois de la Révolution qui ont ordonné des ventes de domaines;

2° Par certains textes spéciaux;

3° Par la pratique toujours suivie dans l'application des lois de délégation;

4° Par l'interprétation donnée sous ce rapport aux deux lois de floréal an X dans la circulaire du 22 messidor an XI;

5° Par l'esprit de la loi du 1er juin 1864;

6° Par le mode de gestion propre à ces édifices.

Digitized by Google

Nous allons exposer successivement chacune de ces raisons de décider.

809. 1° Presque toutes les lois rendues par les assemblées de la Révolution, à l'effet d'ordonner des ventes de domaines et de déléguer au gouvernement le droit d'y procéder, ont eu soin d'exclure de cette délégation, à titre de biens réservés, les bâtiments affectés aux services publics.

C'est ainsi, pour ne parler que des lois rendues postérieurement à la Convention, que s'expriment la loi du 16 brumaire de l'an V et celle du 26 vendémiaire de l'an VII.

L'article 8 de la première de ces lois [1] porte que « tous les domaines nationaux, *à l'exception de ceux réservés par les services publics*, des forêts nationales et bois réservés, seront mis en vente conformément à ce qui est prescrit... »

L'article 2 de la seconde de ces lois [2] porte « qu'il sera vendu une quantité suffisante de domaines nationaux, *autres que les bâtiments affectés au service public* et les bois non aliénables... »

310. 2° La loi de délégation qui a suivi celles que nous venons de citer, la loi du 30 ventôse de l'an IX, article 11 [3], en affectant un capital de 180 millions en biens nationaux aux dépenses de l'instruction publique et à celles des militaires invalides, dit positivement que ces biens *ne pourront être aliénés sans une loi*.

Les réserves contenues dans les lois précédentes relativement à la généralité des bâtiments affectés au service public, avaient le même sens et la même portée. C'était le refus de déléguer au gouvernement le droit de vendre sans autorisation législative spéciale cette sorte d'immeubles domaniaux ; c'était, en ce qui les concerne, le maintien du principe général écrit dans l'article 8 de la loi du 22 novembre-1er décembre 1790.

311. 3° Toutes les lois de délégation qui se sont succédées, conférant au gouvernement le droit d'opérer des ventes domaniales sans autorisation législative spéciale, ont toutes été entendues et appliquées, comme excluant de la délégation et réservant les bâtiments affectés au service public.

[1] V. ce texte, n° 55.
[2] V. ce texte, n° 56.
[3] V. ce texte, n° 57.

Digitized by Google

312. 4° Il en est notamment ainsi des lois des 15 et 16 floréal de l'an X, dans lesquelles nous avons trouvé une délégation générale et permanente du droit de vendre les biens ruraux et urbains du domaine de l'État, moins ceux réservés.

D'une part, l'article 1er de la loi du 15 floréal [1] ne prescrit la mise en vente que des biens *non réservés par la loi du 30 ventôse an IX*.

D'autre part, la circulaire du 22 messidor an XI [2] (par laquelle le directeur général des domaines exprimait les plaintes du gouvernement à l'occasion de la lenteur apportée dans l'exécution des lois des 15 et 16 floréal an X et levait les doutes des directeurs des domaines dans les départements sur les biens réservés) classe formellement parmi ces biens tous *ceux affectés à un service public*.

313. 5° Puisque les édifices publics domaniaux n'étaient pas compris dans la délégation des lois de l'an X, elle ne peut l'être dans la délégation consacrée par la loi du 1er juin 1864. Nous savons en effet qu'elle est moins générale, plus restreinte que celle de l'an X. Elle ne peut donc permettre à l'administration des domaines de procéder directement à la mise en vente d'une catégorie d'immeubles, pour lesquels la nécessité de l'intervention législative était réservée par les lois de l'an X.

C'est ainsi que cette solution résulte de l'esprit de la loi nouvelle.

Si le rapport de M. de Voize n'a pas fait figurer ces édifices parmi les immeubles domaniaux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales, nous savons que cela tient à l'erreur (suivant nous) par lui commise en les considérant comme inaliénables et imprescriptibles, à titre de dépendances du domaine public. Mais n'est-il pas évident, par argument *à fortiori*, que le rapporteur et la commission placés en présence d'une théorie légale qui se serait imposée à leurs convictions, et d'après laquelle les édifices publics domaniaux seraient aliénables et prescriptibles, n'auraient pas hésité à proclamer pour ces édifices comme pour les forêts domaniales la nécessité d'une loi pour les mettre en vente? N'est-il pas évident qu'ils n'eussent pas exigé pour maintenir en ce qui les concerne le prin-

[1] V. ce texte, n° 58.

[2] Le texte de cette circulaire est rapporté en entier au n° 93.

Digitized by Google

cipe de 1790, que leur valeur estimative fut supérieure à un million?

314. 6° Enfin le mode de gestion propre à ces édifices fournit une considération de plus en faveur de cette solution.

La régie des biens du domaine de l'État est placée, nous le savons, dans les attributions du ministre des finances, et confiée à la direction générale de l'enregistrement et des domaines. C'est cette administration qui afferme ces biens, qui en perçoit les revenus, jusqu'au jour désigné pour en opérer la vente. La conservation en nature de ces biens et leur mise en vente appartiennent également à l'administration des domaines sous l'autorité du ministre des finances.

Pour les bâtiments domaniaux affectés à un service public et qui forment les édifices publics dont nous déterminons le régime d'aliénation, il y a exception à cette règle.

L'affectation à un service public a pour conséquence immédiate de les faire passer, des mains du ministre des finances, dans celles du ministre dans le département duquel est placé le service public auquel il s'agit de pourvoir. C'est un des motifs pour lesquels l'ordonnance du 14 juin 1833 [1] exige que les décrets d'affectation soient concertés entre ces deux ministres, que ces décrets visent l'avis du ministre des finances et soient contre-signés par le ministre au département duquel l'immeuble devra être affecté. Enfin c'est pour cela que le grand travail de statistique comprenant l'état des propriétés domaniales affectées à des services publics, publié en 1836, a classé ces propriétés sous le nom et au rang de chacun des ministères [2] entre lesquels est divisée l'administration générale du pays; et nous venons de voir ci-dessus (n° 306) que le même mode de procéder a été suivi dans l'état sommaire publié en 1864.

C'est qu'en effet la conservation, l'entretien, la gestion de ces édifices sont confiés à chacun de ces ministres; l'immeuble échappe à l'autorité du ministre des finances et à l'action de l'administration des domaines.

Cependant s'il fallait procéder à l'aliénation de ces édifices, leur remise au ministre des finances et à l'administration des

[1] V. ci-dessus, n° 122.

[2] V. *Traité des édifices publics*, n°s 157 à 166.

Digitized by Google

domaines deviendrait nécessaire, car eux seuls ont qualité pour aliéner les biens du domaine. Or cette transmission d'un ministère à l'autre d'un immeuble qu'il faut supposer encore affecté à un service public, dont la remise n'a pas lieu de plein droit à l'administration des domaines parce que l'affectation n'a pas cessé, mais que l'aliénation seule rendrait indispensable (si, par impossible, elle était ordonnée dans de pareilles conditions), cette circonstance exceptionnelle constituerait un motif de plus d'exiger l'intervention législative.

315. Du reste il est évident que chaque fois que le gouvernement jugera utile d'aliéner un bâtiment domanial affecté à un service public, il commencera par faire cesser cette affectation.

C'est ce qui a lieu en fait.

Cette pratique est même nécessaire, puisque les préparatifs de la mise en vente et surtout la vente elle-même sont matériellement incompatibles avec le maintien de l'affectation à un service public.

Aussi nous n'hésitons pas à reconnaître que si la question présente toujours un incontestable intérêt de doctrine, parce qu'il convient de déterminer les règles suivant lesquelles un immeuble *aliénable* peut être *aliéné*, il n'en est pas moins vrai que, sous ce rapport, elle présente peu d'intérêt pratique.

Puisqu'une loi ne serait nécessaire pour vendre un édifice d'une valeur d'un million ou au-dessous, qu'autant qu'il serait actuellement affecté à un service public, et que cette vente doit avoir pour conséquence nécessaire de mettre fin à cette affectation, il est bien plus simple, plus naturel et plus logique, que le gouvernement, investi du pouvoir de faire cesser comme de créer l'affectation, commence par y mettre fin. L'immeuble rentre alors dans le droit commun, c'est-à-dire qu'il est remis entre les mains de l'administration des domaines et tombe sous l'application de la loi du 1er juin 1864; une loi ne serait nécessaire pour la mise en vente qu'autant que sa valeur estimative dépasserait un million.

Si cependant un gouvernement avait la fantaisie de vendre un édifice public domanial avant d'avoir mis fin à l'affectation au service public dont ce bâtiment est l'objet, il devrait obtenir une loi d'autorisation, alors même que la valeur estimative de cet immeuble serait inférieure à un million.

Digitized by Google

316. Tels sont les rapports de la loi du 1er juin 1864 avec les édifices domaniaux affectés à un service public. Le but de cette dernière partie de notre commentaire était précisément de les déterminer, et cette tâche est désormais remplie.

Nous devons toutefois, avant d'achever, prévenir deux objections que déjà nous avons rencontrées en traitant de l'aliénation des forêts domaniales, et qui pourraient être reproduites à l'occasion de la théorie que nous venons de développer.

La première de ces objections consisterait à dire que l'inaliénabilité et la nécessité d'une loi pour aliéner sont une seule et même chose; que dès lors admettre qu'un édifice public national ne peut être vendu qu'en vertu d'une loi, c'est revenir en fait à la doctrine émise dans le rapport de M. de Voize, qui proclame ces édifices inaliénables en les classant dans le domaine public.

La seconde objection, qui se place dans le même ordre d'idées, consisterait à dire que reconnaître, sous l'empire de la loi du 1er juin 1864, la nécessité d'une loi pour l'aliénation des édifices publics domaniaux, c'est réduire la question de leur classement aux proportions d'une pure théorie sans intérêt pratique.

Ces deux objections méconnaîtraient des vérités élémentaires; mais, comme elles ont été produites relativement aux forêts domaniales, elles pourraient l'être en ce qui concerne les édifices publics. Nous allons entreprendre leur réfutation, et ce sera le terme de notre œuvre.

317. Pour écarter la première objection, il suffit de déterminer le véritable caractère de l'intervention législative en matière d'aliénation domaniale. Nous l'avons déjà fait en traitant de la vente des forêts domaniales [1].

Loin d'être une preuve d'inaliénabilité, la nécessité d'une loi pour aliéner est la preuve qu'un immeuble domanial est aliénable. La loi d'autorisation n'est que la condition de l'aliénation, et l'une des formes par laquelle l'État propriétaire et vendeur manifeste sa volonté, ainsi que l'ont reconnu, pour les forêts de l'État, les arrêts ci-dessus cités de la Cour de cassation du 27 juin 1854 et du 9 avril 1856, et l'arrêt de la Cour de Metz du 13 février 1855.

[1] V. ci-dessus, nos 213, 214 et suiv.

Digitized by Google

Cela est vrai des édifices publics aussi bien que des forêts domaniales. Les forêts font partie du domaine privé de l'État; mais elles ne sont pas plus que les édifices publics confiées aux soins de l'administration des domaines. Elles sont aliénables, mais elles échappent, à titre de biens domaniaux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales, à l'application de la loi du 1er juin 1864; une loi est nécessaire pour leur aliénation. De même les édifices publics nationaux ne font pas partie du domaine public; ils sont aliénables; mais une loi serait nécessaire pour leur aliénation tant que dure leur affectation au service public.

318. La loi même du 1er juin 1864 fournit la preuve la plus saisissante de cette vérité, que la nécessité d'une loi pour aliéner un bien domanial n'est autre chose qu'une condition de son aliénation, une des formes consacrées pour manifester la volonté de la nation propriétaire.

Les immeubles d'une valeur estimative supérieure à un million, qui ne peuvent être vendus qu'en vertu d'une loi, ne sont pas moins aliénables, ne sont pas moins dans le domaine de l'État et dans le commerce, que les immeubles d'une valeur moindre, dont la vente est permise par cette loi sans intervention législative.

Si l'on soumet les deux faces de cette hypothèse à une analyse exacte, voici les constatations juridiques qui en résultent:

La nation propriétaire et venderesse ne donne pas son consentement à la vente suivant la même forme dans les deux cas; dans l'un, la nation ne pourra consentir à la vente que par l'organe de la législature; dans l'autre, la nation sera valablement représentée par le gouvernement.

Cette différence est importante sans doute, mais elle ne dérive nullement de la nature légale des biens à vendre. Cette nature est évidemment indépendante de la valeur de ces biens, valeur qui, pour les biens domaniaux dont l'aliénation n'est pas régie par des lois spéciales, est prise uniquement en considération pour déterminer cette condition de la vente.

319. La nécessité d'une loi pour l'aliénation des édifices publics domaniaux tient si peu à leur nature légale, que ce n'est qu'après les avoir au préalable classés dans le domaine privé de l'État, après avoir déterminé d'abord leur nature de biens domaniaux aliénables, que nous avons pu nous deman-

Digitized by Google

der quelle était la condition de leur aliénation, une loi ou une décision du ministre des finances? si cette aliénation était régie par la loi nouvelle du 1er juin 1864? ou si elle se trouvait soumise à une règle différente écrite dans des textes spéciaux?

Sous ce rapport l'intitulé de la loi du 1er juin 1864 est d'une parfaite exactitude lorsqu'il porte « *loi qui règle* LE MODE *d'aliénation.* » La loi, et l'arrêté du ministre des finances, selon les cas, ne sont jamais que *le mode d'aliénation.*

320. Un autre ordre de preuves se tire de la théorie générale des édifices publics.

Nous tenons pour certain et nous avons démontré ailleurs [1] que les trois grandes classes d'édifices publics indiquées ci-dessus, édifices publics nationaux, départementaux et communaux, ont tous la même nature légale. Tous, sauf ceux qu'un texte spécial a mis hors du commerce, font partie du domaine privé de l'État, du département et de la commune; tous sont aliénables.

Ce n'est cependant que relativement à ceux de la première classe, tels que les hôtels des ministères, que nous avons pu être appelés à reconnaître la nécessité d'une loi pour autoriser leur aliénation.

Pour l'aliénation d'un édifice public départemental, tel qu'un hôtel de préfecture, et d'un édifice public communal, tel qu'un hôtel de ville, une loi n'a jamais été nécessaire, pas plus sous l'empire des lois du 10 mai 1838 et du 18 juillet 1837, que sous l'empire du décret de décentralisation du 25 mars 1852.

Ainsi ces trois classes d'édifices ont la même nature légale, et ce n'est que pour les hôtels des ministères et les autres édifices de la première classe, qu'il a été possible de se demander si une loi était nécessaire pour les aliéner et de résoudre la question par l'affirmative. N'est-ce pas là une nouvelle preuve de cette vérité, que le vote du Corps législatif, loin d'être une conséquence de l'inaliénabilité de la chose, n'est qu'un mode de manifestation du consentement du propriétaire à l'aliénation? puisque c'est au même titre qu'il faudrait pour l'aliénation d'un hôtel de préfecture le vote du conseil général, et celui du conseil municipal pour l'aliénation d'un hôtel de ville.

[1] *Traité des édifices publics*, pages 1 à 6 et page 26.

Digitized by Google

321. Enfin nous rappellerons ce que nous avons déjà dit[1] en traitant de la règle en vertu de laquelle les forêts domaniales ne peuvent être également aliénées qu'en vertu d'une loi.

L'inaliénabilité et la nécessité d'une loi pour aliéner sont choses tellement différentes, qu'une loi même est impuissante à concéder, échanger ou vendre le domaine public, en raison de son inaliénabilité. Les législatures modernes, comme jadis nos anciens rois, doivent respecter la règle de l'inaliénabilité du domaine public. En un mot l'inaliénabilité exclut la possibilité d'aliéner, même en vertu d'une loi.

Donc l'objection a le tort de confondre et d'assimiler deux règles et deux institutions absolument contraires.

322. Nous passons à la seconde objection.

Lors même que la nécessité d'une loi pour les aliéner eût assimilé les édifices publics domaniaux aux dépendances du domaine public (ce qui n'est pas, ainsi que nous venons de le voir), il est manifeste que la question de classement de ces édifices n'en présenterait pas moins, indépendamment des conditions de l'aliénation directe, un immense intérêt pratique.

Cet intérêt est celui de savoir si ces édifices publics sont prescriptibles?

S'ils peuvent être l'objet d'actions possessoires?

S'ils peuvent être grevés de servitudes?

S'ils sont soumis à l'application des règles du Code Napoléon sur la mitoyenneté?

En classant ces édifices dans le domaine public, le rapporteur de la commission législative de 1864, M. de Voize, a résolu d'un trait de plume toutes ces questions par l'affirmative.

En les classant dans le domaine privé de l'État, comme les forêts qui, elles aussi, ne peuvent jamais être directement aliénées qu'en vertu d'une loi, comme tous les biens domaniaux auxquels s'applique la loi du 1er juin 1864, nous donnons, au contraire, à ces mêmes questions une solution négative.

Mais nous devons nous arrêter; du moment qu'il ne s'agit plus d'aliénation directe, par voie de concession, d'échange, surtout de vente, et même aussi d'expropriation, nous sortons

[1] V. ci-dessus, nos 216 et 217.

Digitized by Google

de notre sujet. Qu'il nous soit permis de renvoyer aux développements plus étendus, que nous avons donnés sur ces derniers points dans un autre ouvrage.

322. Peut-être aurions-nous dû nous arrêter quelques pages plus tôt, en négligeant, surtout après ce qui avait été déjà dit à l'occasion des forêts domaniales, de répondre aux objections examinées dans les numéros qui précèdent.

Nous aurions pu nous borner à dire :

Sur la première objection, que la nécessité d'une loi pour aliéner une chose prouve que cette chose est aliénable;

Sur la seconde objection, que toute chose aliénable est prescriptible : *alienabile ergo præscriptibile!*

Si nous avons cru devoir insister, c'est que les vérités les plus élémentaires sont celles qu'il est le plus utile d'approfondir, et sur lesquelles il peut y avoir au point de vue des principes plus de préjudice à passer légèrement.

323. Par cette section qui rattache nécessairement, comme un trait d'union, le commentaire de la loi du 1er juin 1864 à notre *Traité des édifices publics*, nous achevons l'étude approfondie de cette nouvelle loi domaniale.

Nous avons essayé de l'envisager sous tous ses aspects.

Nous avons indiqué sa place dans l'histoire du domaine de l'État et dans l'ensemble de notre législation domaniale actuelle; nous avons fait connaître les traditions législatives, gouvernementales et administratives que cette loi est venue changer, les controverses dont la législation antérieure était l'objet et les circonstances imprévues qui ont subitement amené la loi nouvelle.

Nous l'avons étudiée au point de vue de son application dans le présent et dans l'avenir, de ses rapports avec chacune des diverses sortes de biens qui entrent dans la composition du domaine de l'État, et de sa combinaison avec le grand nombre de lois spéciales qu'elle maintient en vigueur.

Nous terminerons en rappelant que si nous nous sommes cru autorisés par une conviction ancienne et très-vive à soutenir que cette loi était née d'une erreur de droit et d'une fausse interprétation donnée à la législation antérieure; si nous avons

Digitized by Google

eu le regret d'avoir à combattre quelques-unes des idées émises sur divers points de droit au cours des travaux de préparation de cette loi; cette loi n'en est pas moins considérée par nous comme une loi sage et bonne, et les hommes publics qui ont été appelés à y participer nous paraissent avoir accompli par elle une œuvre aussi utile qu'importante.

TH. DUCROCQ.

BIBLIOGRAPHIE.

COURS ÉLÉMENTAIRE DE DROIT ROMAIN,

Par M. Ch. DEMANGEAT, professeur de droit romain à la Faculté de Paris[1].

Compte rendu par M. G. BOISSONNADE,
agrégé, chargé du cours de droit romain à la Faculté de Grenoble.

La publication du *Cours de droit romain* professé à Paris par M. Demangeat, depuis plus de dix ans et avec un si légitime succès, était impatiemment attendue. Ses anciens élèves qui forment aujourd'hui une laborieuse phalange, dans laquelle se recrutent déjà l'enseignement et la magistrature, ne la désiraient pas moins que ceux qui n'avaient pas eu la bonne fortune de recevoir l'enseignement oral du professeur. Les premiers voulaient raviver l'impression d'une parole qui les avait captivés et retrouver les leçons qui leur avaient donné, avec l'intelligence des lois de Rome, l'admiration qui leur est due; les autres aspiraient après le moment où ils pourraient, à leur tour, connaître les doctrines et la méthode dont le renom seul leur était parvenu.

Une véritable popularité s'était d'ailleurs attachée au nom

[1] Deux forts vol. in-8° (le premier seul est paru). Paris, 1864, chez Marescq aîné, rue Soufflot, 17.

Digitized by Google

de M. Demangeat : ce n'était pas seulement pour la valeur de son enseignement ni pour la dignité de son caractère (ce ne sont pas toujours, chez nous, des causes suffisantes de popularité); ce n'était pas non plus parce que, bien des fois, ses auditeurs avaient vu s'asseoir auprès d'eux, comme un simple étudiant, le savant romaniste qui avait été le maître de leur professeur et qui ne dédaignait pas de venir, à son tour, apprendre quelque chose aux leçons de son disciple. Ce qui avait passionné les élèves pour leur maître, c'était surtout le principe de justice qui semblait méconnu à son égard. En effet, M. Demangeat restait réduit au titre de simple *suppléant*, quoique, depuis longues années, la chaire occupée par lui fût privée de son titulaire. Pourtant nul mieux que lui n'eût pu le remplacer, et aucun de ses collègues n'eût songé à la lui disputer; mais peut-être à cette époque songeait-on à diminuer les chaires de droit romain dans nos Facultés, et, par un fâcheux retour en arrière, à ramener cet enseignement à la durée si insuffisante d'une année. Quoi qu'il en soit, les élèves du jeune professeur pétitionnèrent en sa faveur, et, au Corps législatif lui-même, plusieurs voix s'élevèrent pour demander sa nomination définitive, autant dans l'intérêt de la science qu'au nom du bon droit. Enfin il fut donné satisfaction au sentiment public, qui est toujours si puissant chez nous, quand il n'aspire qu'à ce qui est bon et juste.

L'administration supérieure ayant payé sa dette au mérite du professeur, celui-ci devait, à son tour, payer la sienne à la jeunesse qui l'avait soutenu de ses sympathies et avait lutté pour lui, plus que lui-même et plus qu'il ne l'aurait voulu.

Déjà M. Demangeat a publié deux remarquables monographies qui sont la reproduction de la partie spéciale de son cours consacrée aux textes choisis des Pandectes; l'une traite de la corréalité et de la solidarité (*De duobus reis*, 1858), l'autre de l'inaliénabilité du fonds dotal (*De fundo dotali*, 1860).

A côté des doctrines de l'école française, ancienne et moderne, sont exposées et discutées, approuvées ou combattues, avec autant d'égard que d'indépendance, celles des auteurs les plus accrédités en Allemagne, celles des Puchta, des Savigny et des Vangerow.

Digitized by Google

Le droit romain n'est pas d'ailleurs le seul domaine de M. Demangeat; il a déjà publié, en 1856, la 3e édition, revue et augmentée, du *Traité de droit international privé* de feu M. Fœlix (2 vol. in-8°). M. Bravard, en mourant, avait également confié à son collègue la publication de son *Traité de droit commercial*, ouvrage considérable qui demandait de nombreux compléments et une révision générale. M. Demangeat a déjà fait paraître trois volumes enrichis, de notes précieuses qui prouvent que, pour vivre dans l'intimité des jurisconsultes romains, il n'en est pas moins au courant des nombreuses difficultés de la jurisprudence moderne et même de la pratique journalière. Cette confiance d'un des collègues de M. Demangeat pour une publication posthume a paru si bien justifiée que, si nous sommes bien informé, une pareille mission lui aurait encore été donnée par le testament de son regrettable collègue, M. Oudot.

Mais il est temps d'arriver au *Cours élémentaire de droit romain*, pour lequel nous sommes déjà fort en retard, ce dont nous demandons pardon aux lecteurs de la *Revue* ainsi qu'à l'auteur. Nous sommes loin déjà, heureusement, de cette époque où l'apparition de nos Codes sembla un instant rendre inutile l'étude du droit romain, et où les plus hardis croyaient aller bien loin en demandant qu'on l'étudiât seulement dans celles de ses parties qui aideraient à combler les lacunes de nos lois, ou à éclairer les points obscurs qui pourraient s'y rencontrer. Il y a trop longtemps qu'on a compris qu'une législation ne peut être étudiée que dans son ensemble et qu'il en faut scruter tous les détails, pénétrer tous les secrets, sous peine de n'en saisir complétement aucune des parties. Que penserait-on d'un linguiste qui prétendrait n'étudier dans les langues étrangères que leurs affinités avec sa langue maternelle, ou d'un historien qui ne rechercherait dans le passé des peuples que les événements qui ont exercé une influence sur son histoire nationale? Loin de nous un pareil système ! toutes les branches d'une science sont unies indivisiblement; toutes les sciences même sont liées entre elles et se doivent prêter un secours nécessaire.

Il faut donc, pour comprendre la législation des Romains et y trouver la lumière qui éclaire le droit moderne, ne se pas borner à connaître leur belle théorie des obligations, celles de

Digitized by Google

la propriété et des testaments; il faut y étudier la condition des esclaves, bien que l'esclavage ait disparu devant la civilisation moderne; il faut se rendre un compte exact de la *patria potestas* qui n'a de notre puissance paternelle que le nom, de la *manus* qui est encore moins notre puissance maritale, de l'agnation qui pourtant n'est jamais parvenue chez nous; il faut même connaître les curieuses dispositions des lois caducaires, sonder les obscurités des *legis actiones* et se familiariser avec l'ingénieux mécanisme de la procédure formulaire.

L'ancienne école française n'a été si grande, depuis Cujas jusqu'à Pothier, que pour s'être attachée à reconstituer dans leur vaste ensemble, autant qu'elle pouvait à cette époque, la législation et la jurisprudence romaines; et si aujourd'hui l'école allemande nous dispute la priorité dans la science du droit romain, c'est que, s'étant jetée avant nous et avec plus d'ardeur dans l'étude historique de ce droit, elle a pu, grâce aux textes nouvellement découverts, éclairer plus de points restés obscurs à nos devanciers.

M. Demangeat ne pouvait autrement envisager sa tâche, et il nous donne les éléments du droit romain dans leur ensemble, comme ceux d'une législation encore en vigueur, mais en signalant, bien entendu, les progrès et les changements successifs.

Qu'il nous soit permis tout d'abord d'exprimer le regret que l'auteur n'ait pas cru devoir nous donner une véritable préface. La préface, c'est la clef du livre, c'est la plus sûre initiation du lecteur à ce qu'il doit apprendre; il aime d'ailleurs à entendre l'auteur parler de lui-même. Les quelques lignes qui ici tiennent lieu de préface augmentent encore nos regrets. Il y a presque du courage à dire en ce moment que « les décisions « de Paul et de Papinien excitent encore aujourd'hui l'en- « thousiasme de ceux qui les comprennent, à peu près comme « les chefs-d'œuvre de la statuaire grecque qui nous sont par- « venus; » et plus loin : « Sans doute un Français intelligent « peut, sans avoir étudié le Digeste, devenir un bon notaire; « même il pourrait, à la rigueur, être un avocat disert; mais « très-probablement il ne sera jamais un véritable jurisconsulte. »

Mais pourquoi ne citer que le praticien et l'avocat? Le magistrat appelé à décider ne doit-il pas, plus encore que celui

Digitized by Google

qui sollicite la sentence, s'éclairer du flambeau de cette *raison écrite?* Il n'y a pas longtemps qu'un magistrat nous disait qu'il regrettait souvent d'avoir trop négligé ses études de droit romain, et que tel de ses collègues, qui était plus que lui resté familier avec Paul et Ulpien, était aussi en général plus tôt et plus sûrement fixé sur la question à décider. M. Demangeat avait bien plus d'autorité que nous pour exprimer le vœu que notre magistrature rende au droit romain un hommage plus soutenu[1]. Mais ce qui nous appartient au moins, c'est de dire que M. Demangeat est la preuve vivante que les fortes études dans le droit romain donnent à l'esprit une puissance et au jugement une sûreté qui permettent d'aborder sans péril les difficultés les plus ardues de toutes les parties du droit moderne.

Après quelques notions générales très-substantielles *sur le droit, la morale et l'équité*, M. Demangeat consacre plus de cent pages à un *Abrégé de l'histoive externe du droit romain.*

L'auteur avait à se prononcer tout d'abord sur la division à adopter pour cette étude. Depuis Gibbon, plusieurs systèmes ont été proposés; chacun a ses avantages et ses inconvénients. On peut, avec Gibbon, Hugo, Holtius et M. Giraud, s'attacher directement aux grandes modifications qu'a subies la jurisprudence depuis la fondation de Rome : on lui assigne alors quatre âges qu'on est convenu d'appeler l'enfance, l'adolescence, la virilité et la décadence; de ces quatre périodes, la première finit à la loi des Douze Tables, la deuxième à Cicéron, la troisième à Alexandre-Sévère, la quatrième à Justinien. On peut, au contraire, s'attacher exclusivement aux grands événements politiques, aux trois formes successives du gouvernement de Rome : on admettra alors, avec M. Ortolan, trois périodes seulement : la Royauté, la République, l'Empire. M. Demangeat adopte un système intermédiaire, qui combine assez heureusement les progrès ou la décadence de la science du droit avec les événements politiques; il admet quatre périodes, comme

[1] Il n'est pas rare, du reste, que les lois romaines soient encore invoquées chez nous comme raison de décider, et ces jours-ci même un arrêt de la Cour de Grenoble puisait, dans la loi 62, § 1, *De contrahenda emptione* (XVIII, 1), une décision parfaite en matière de garantie de la vente d'un bien du domaine public.

Digitized by Google

le premier système, mais il prolonge la deuxième jusqu'à Auguste, et la troisieme jusqu'à Constantin. L'établissement de l'Empire et le triomphe du christianisme lui paraissent accuser, dans la législation et la jurisprudence, des changements plus profonds que l'époque de Cicéron et celle d'Alexandre-Sévère. Ce système était déjà suivi en Allemagne par Puchta et Marezoll.

Toute cette première partie du livre de M. Demangeat est d'une grande précision et nous paraît d'une parfaite exactitude. Les sources et les autorités historiques y sont soigneusement indiquées, et les passages les plus saillants de Cicéron, de Denys d'Halicarnasse, de Tite-Live, d'Aulu-Gelle, de Festus, y sont relatés textuellement [1].

Je lis dans le livre de M. Demangeat que Justinien, Slave d'origine, s'appelait Uprauda. M. Demangeat ajoute que « le « nom de Justinien doit être une imitation de ce nom slave. » Évidemment, il ne veut pas indiquer une étymologie. Est-ce à dire que le mot Uprauda avait dans la vieille langue slave le sens de *Justus*, d'où seraient venus le nom de Justinus et Justinianus? C'est un point qu'il ne m'est pas facile de vérifier. Je serais porté à chercher moins loin l'origine du nom de Justinien, et la circonstance qu'il avait été adopté et associé à l'Empire par son oncle Justinus me paraît en donner une facile explication. Pour faire oublier son nom barbare, et vu l'impossibilité d'ailleurs de lui appliquer le principe d'après lequel l'adopté prenait le nom de l'adoptant, en donnant à son nom patronymique une désinence adjective (*Cæsar Octavianus*), il avait trouvé plus simple de prendre le nom de son père adoptif, avec la transformation même qui ne pouvait s'adapter au nom barbare d'Uprauda.

Nous arrivons aux *Institutes* elles-mêmes, à l'objet véritable du livre.

L'ouvrage de M. Demangeat n'est pas un *Commentaire*, le texte de Justinien ne s'y trouve pas *in extenso;* c'est plutôt un

[1] Pour Denys d'Halicarnasse, comme le texte grec eût pu embarrasser quelques lecteurs, M. Demangeat donne la traduction latine de Reiske; mais ailleurs, quand il cite (p. 480 et *passim*) quelques phrases de Théophile ou des Basiliques dans leur langue originale, pourquoi l'auteur a-t-il permis que son imprimeur employât des caractères dépourvus d'accents? Voilà une licence qui ne serait pas tolérée en Allemagne!

Digitized by Google

Traité que son auteur, par modestie, appelle *élémentaire*, mais qui ne laisse pas que d'être approfondi : au lieu du texte souvent prolixe de l'empereur légiste, l'auteur nous donne un grand nombre de passages de Gaïus, d'Ulpien et du Digeste, infiniment préférables aux Institutes, mais sans excéder pourtant l'étendue ordinaire des ouvrages destinés à tenir lieu du cours oral ou à le résumer [1].

M. Demangeat a donné des développements très-étendus à la matière du livre premier de Justinien : les fils de famille, les pupilles et les mineurs occupent une place si considérable, qu'il semble que l'espace ait manqué un peu pour la matière bien autrement importante, selon nous, du livre IIe. De nos jours, il est vrai, les détails abondent sur le droit relatif aux personnes, et surtout les innovations du Bas-Empire et de Justinien y sont nombreuses; mais puisque l'auteur était condamné à sacrifier quelque chose à la principale destination de son livre, peut-être fallait-il négliger un peu le droit des personnes.

Nous aurions beaucoup à louer, du reste, sur cette première partie du livre, notamment sur la manière dont est traitée la question de savoir si le mariage se contractait à Rome par le seul consentement, ou s'il fallait encore une sorte de *tradition* de la femme; mais puisque nous devons nous-même nous borner, nous faisons taire un instant l'éloge, pour proposer à l'auteur quelques observations sur ce point et sur plusieurs autres.

Ainsi, M. Demangeat combat l'opinion, autrefois très-accréditée, que le consentement suffisait à la formation du mariage romain; mais, avec un soin qui nous paraît exagéré, il évite d'employer le mot de *tradition* de la femme : il semble par là se séparer presque autant de M. Ortolan qui a popularisé dans nos écoles l'opinion que la tradition de la femme, par la *deductio in domum*, est nécessaire au mariage, que de M. Du-

[1] Nous avons entendu regretter que M. Demangeat n'ait pas préféré au renvoi en note les indications marginales pour les textes de Justinien et de Gaïus; mais ce qui nous paraît, au moins, de toute nécessité, c'est, à la fin de chaque volume, une table des textes qui ont été l'objet de développements. — Au surplus, l'ordre des Titres de Justinien est observé constamment. C'est une concession utile faite aux habitudes des élèves des Facultés.

Digitized by Google

caurroy qui soutenait le *consensus nuptias facit*. Sans doute M. Ortolan, par la nécessité de faire prévaloir une idée nouvelle, a été amené à exagérer un peu la forme de sa démonstration; il a dû plus nettement accuser son dissentiment, et cela même nous a valu une des pages les plus séduisantes de ce livre auquel la justesse des images, le charme du style et le secours ingénieux de la philologie donnent un attrait irrésistible. Mais M. Demangeat, de crainte de tomber dans une exagération ou dans une autre, nous paraît laisser planer un peu de vague sur cette délicate et intéressante question; ainsi il commence par cette formule (p. 240) : « Le mariage est la « volonté, chez deux personnes de sexe différent, de vivre « comme mari et femme, volonté réalisée par une certaine « exécution. » Il ne croit donc pas que le consentement suffise, mais il n'admet pas non plus que la *deductio in domum mariti* soit le moment qui constitue le commencement du mariage, et, pour justifier sa pensée, il cite le cas où la fiancée est conduite dans la DIÆTA appartenant au mari, ce qui, il est vrai, ne constitue pas encore le mariage; il soutient que cependant la fiancée est déjà *deducta in domum;* mais nous nions que la *diæta* soit considérée, à ce point de vue, comme la maison du mari: il y a là, qu'on nous permette le rapprochement, quelque chose qui ressemble à la *fiction d'exterritorialité* en matière diplomatique. En sens inverse, notre auteur argumente du cas où les époux commencent la vie commune dans une maison appartenant à la femme ou à ses parents, pour dire qu'elle est déjà épouse, bien qu'elle n'ait pas encore été *deducta in domum*. Mais pourquoi ne pas voir plutôt dans ce cas, avec l'auteur dont il se rapproche le plus, un progrès du droit, un adoucissement des mœurs et l'idée d'une tradition consensuelle de la femme comme on l'admit même pour les biens composant le patrimoine?

A cette occasion nous ferons une remarque d'une tout autre nature : lorsque notre savant collègue traite une question qui divise les commentateurs contemporains, ceux même qui sont en possession d'une légitime influence sur les élèves des Facultés, pourquoi ne les cite-t-il pas, pour les discuter et les approuver ou s'en séparer ? Cela ajouterait à l'intérêt des solutions, et certes M. Demangeat saurait mieux que personne concilier les égards dus aux personnes avec les droits de la

Digitized by Google

critique. C'est un scrupule qui nous semble exagéré. Sans remonter au Digeste qui nous offre à chaque instant de semblables dissentiments, que d'exemples contemporains nous prouvent combien ces conflits d'opinion peuvent servir la doctrine sans cesser d'être pacifiques !

Au sujet de la légitimation des enfants naturels (p. 284), nous ferons une double observation : M. Demangeat écrivant surtout pour les élèves des Facultés, devait, ce nous semble, accuser plus nettement cette idée que les enfants nés du *concubinatus*, seuls, pouvaient être légitimés, parce que ceux-là seuls avaient un père certain. Un peu plus loin M. Demangeat critique dans les deux législations, romaine et française, la défense de légitimer les enfants nés d'un commerce incestueux ou, en général, prohibé par les lois ; il n'en voit pas de raison satisfaisante. En vérité, nous n'osons guère trouver naturel ce qui paraît difficilement justifiable à notre savant collègue ; mais il nous semble que, dans l'impossibilité où se voit le législateur de punir la faute des parents sans atteindre les enfants qui en sont le fruit, il faut reconnaître là une sanction nécessaire des lois d'ordre public et des bonnes mœurs. Mais, en retour, M. Demangeat résout parfaitement la difficulté soulevée par les derniers mots du § 13, *De nuptiis : Quod et aliis liberis qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.*

Nous signalons encore quelques points qui, sans présenter la moindre inexactitude, bien entendu, demandaient pour les jeunes lecteurs certains développements utiles. Ainsi au sujet des formes de l'adoption (p. 293) il eût été bon d'indiquer que les trois ventes étaient accompagnées d'un contrat de fiducie; il n'en est question qu'au sujet de l'émancipation proprement dite (p. 316). De même M. Demangeat nous dit, avec Gaïus (p. 309), que les femmes ne pouvaient adopter, parce qu'elles ne pouvaient avoir de puissance, même sur leurs enfants nés des justes noces, mais que, plus tard, les empereurs leur permirent l'adoption, *ad solatium liberorum amissorum ;* or, puisque les mères n'ont pas, à cette époque, plus qu'auparavant, la puissance paternelle, il fallait faire remarquer quels avantages elles pouvaient trouver dans cette adoption et surtout quels droits elles conféraient ainsi à l'adopté.

A la page 393, M. Demangeat exprime (incidemment) cette

Digitized by Google

proposition que « la tutelle légitime n'est jamais déférée à un fils de famille. » D'abord, si cela est, comme nous voudrions le croire, sur l'autorité de notre savant collègue, il était bon de le mettre plus en relief et à la place naturelle (à la page 347); mais, en vérité, nous ne voyons pas trop sur quel principe serait fondée cette restriction. Nous avions toujours cru que dans le cas où le plus proche agnat, par exemple un oncle paternel de l'impubère, était excusé de la tutelle par son âge, son fils de famille, cousin du pupille, recevait la charge de la tutelle; la citation d'un texte aurait levé nos doutes.

Une question, qui dans les examens de nos Facultés, a une importance traditionnelle, ne nous a pas paru même indiquée: c'est celle de savoir si le tuteur, lorsqu'il agit comme *negotiorum gestor*, représente ou non le pupille. L'auteur énumère avec soin et développement (p. 376 et suiv.) les cas ou la *negotiorum gestio* est suffisante et ceux où l'*auctoritas* est nécessaire; mais il n'y a pas un mot sur la différence des deux rôles que peut remplir le tuteur. Nous avons même remarqué avec un certain étonnement que l'auteur emploie trois ou quatre fois, incidemment, les mots *représenter, représentation*, dans le sens de notre droit, mais sans faire aucune allusion à la difficulté, par conséquent non plus sans vouloir la trancher; or nous pensons que l'auteur a entendu par là que le tuteur agissait *dans l'intérêt du pupille*, ce qui n'est pas du tout *le représenter*. Cette question est traitée par M. Ducaurroy à l'occasion des quasi-contrats (n° 1098), mais en quelques mots seulement; elle est, au contraire, développée avec luxe dans l'ouvrage de M. Ortolan.

Au sujet des contrats synallagmatiques faits par le pupille non autorisé, il existe sur le texte des Institutes (I, 21, pr.) une divergence, très-digne d'attention, entre les savants auteurs auxquels vient se joindre M. Demangeat. M. Ortolan se tient au sens littéral du texte de Justinien : *Hi qui cum his contrahunt obligantur, at invicem ipsi pupilli non obligantur;* puis il le tempère et le corrige par tous les moyens d'équité que fournissaient les ingénieux détours du préteur et de la jurisprudence. M. Ducaurroy, au contraire, donne au texte ce sens plus simple, plus net et plus équitable encore (puisqu'il n'a pas besoin de correctifs) : le pupille est maître du contrat, il peut le maintenir ou le répudier, mais *sans le diviser. Ex uno latere constat con-*

Digitized by Google

tractus, dit un texte d'Ulpien (L. 13, § 29, D., XIX, 1) qui peut s'entendre très-bien en ce même sens. M. Demangeat ne se place pas en face de ces deux explications qui, au surplus, diffèrent moins dans le résultat final que dans les moyens de l'atteindre et dans le point de départ; il se borne (p. 382) à examiner deux hypothèses: 1° le contrat n'est pas exécuté; 2° il est exécuté. Il nous semble se rapprocher plutôt du système de M. Ducaurroy que de celui de M. Ortolan; mais nous eussions préféré une discussion du principe même au lieu d'une solution donnée distributivement aux cas particuliers.

Pour le cas où le pupille accepte seul une succession, nous ne sommes pas convaincu que cette acceptation ne soit nulle que par ce motif que « accepter une succession, c'est toujours « s'obliger, ne fût-ce qu'à payer les frais funéraires » (p. 383). Outre que le texte des Institutes suppose la succession opulente, *lucrosa* (ce qui, en vérité, ôte tout inconvénient à l'existence des dettes funéraires), ne peut-on pas supposer d'ailleurs le cas où le défunt aurait pourvu d'avance à ses frais funéraires, comme cela se voit souvent de nos jours? M. Ducaurroy, avec son laconisme habituel, dit que pour accepter une hérédité, même *lucrosa*, il fallut toujours le *plenum animi judicium* qui manquait au pupille. Il fallait, au moins, justifier en raison cette exigence particulière, à l'égard d'un acte supposé *lucratif*. Pour nous, nous avons toujours cru qu'il y avait à cela une raison ancienne tirée des effets produits dans l'ordre religieux par la qualité d'héritier; ces effets se sont atténués avec le temps, mais la conséquence a pu survivre à la cause; ne peut-on pas, même encore à l'époque classique, invoquer dans notre sens un texte de Gaïus (L. 28, § 4, D., XLV, 3) qui nous dit que la famille de l'héritier et sans doute aussi la personne même de l'héritier devient *funesta*, ce qui nécessitait une sorte de purification religieuse? C'est un doute que nous soumettons à notre savant collègue.

Sur la contradiction, apparente au moins, que présente la règle *Inviti adolescentes curatores non accipiunt* avec une Constitution attribuée à Marc-Aurèle par son historien Julius Capitolinus, et portant : *Ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis*, nous aurions voulu aussi une discussion. M. Ducaurroy ne signale pas la difficulté; M. Ortolan paraît accueillir avec quelques modifications une solution d'Heineccius; M. De-

Digitized by Google

mangeat se borne à dire : « Ce texte peut être compris, et il « l'a été effectivement, de différentes manières ; voici com- « ment je l'entends :.... » (Suivent six lignes dont la concision donnera peut-être de l'embarras à nos jeunes légistes.)

Nous bornons là nos observations sur le livre premier des Institutes. Nous avons voulu seulement faire observer que, malgré l'étendue donnée à tout le *jus personarum*, il y a encore quelques lacunes, il manque encore quelques développements désirables.

Les qualités qui distinguent éminemment M. Demangeat dans ce nouvel ouvrage sont, comme dans les précédents, une grande solidité dans la doctrine, et une complète indépendance d'esprit, la clarté unie à la concision, une constante simplicité de forme jointe à une parfaite propriété d'expression, ce qui est la véritable *elegantia* des jurisconsultes. Ces qualités, l'auteur les doit sans doute à lui-même, c'est-à-dire à l'étude et à la nature de son esprit ; mais il les a puisées aussi dans les leçons et dans les écrits du savant doyen, qui a été son maître et son premier modèle, et elles se sont développées dans le milieu scientifique auquel il appartient.

Notre savant collègue ne les a pas moins déployées sur le livre IIe que sur le livre Ier : toute la théorie des principaux droits réels, notamment, s'y trouve traitée avec le même soin et la même distinction que le droit des personnes.

Mais pourquoi faut-il qu'ici encore nous ayons à signaler de regrettables lacunes et à désirer d'utiles développements ?

L'auteur s'occupe longuement des manières d'acquérir la propriété, mais où la propriété elle-même est-elle définie et caractérisée? Nous lisons seulement, p. 442, « qu'elle est le plus étendu de tous les *droits réels*. »

Huit petites pages sont consacrées à la matière capitale et si difficile de la Possession, et encore elles sont divisées (p. 438-442, p. 524-527). Nous n'avons rien vu sur l'Emphytéose et le droit de superficie, qu'il est pourtant essentiel de connaître ; sans doute l'auteur trouvera l'occasion d'en parler au livre IIIe, à propos de l'innovation de Zénon.

La question de savoir si les Romains ont admis l'accession comme mode d'acquisition de la propriété, *jure gentium*, est très-débattue parmi les auteurs modernes. M. Ducaurroy,

Digitized by Google

réagissant avec exagération contre une interprétation abusive qui voyait l'accession jusque dans la *séparation* des fruits du sol (ce qui est tout l'opposé d'une *accession*), a contesté que les Romains eussent attaché à la réunion d'une chose à une autre, comme accessoire, l'effet de faire acquérir, *per prævalentiam*, la chose secondaire, même avec indemnité ; seule, la rare *ferruminatio* a trouvé grâce près de lui. M. Ortolan a soutenu le contraire avec sa verve entraînante; cependant on peut lui reprocher de voir l'accession dans des cas où l'acquisition pourrait s'expliquer autrement, notamment au cas appelé *spécification*, et dans celui des constructions où le terrain et les matériaux n'ont pas le même propriétaire. M. Demangeat paraît admettre l'accession dans les mêmes cas que M. Ortolan, à l'exception du cas de la spécification dont il fait, comme M. Ducaurroy, une variété de l'occupation, avec indemnité au moyen d'une action *in factum* (nous ne voyons pas pourquoi ce ne serait pas tout aussi bien l'action *legis Aquiliæ*, 3e chef); or il nous semble que la construction par un propriétaire sur son terrain avec les matériaux d'autrui a une analogie frappante avec la spécification, puisque, par la prohibition de démolir de la loi des Douze Tables, le terrain ne peut légalement revenir à son premier état. En dehors de ce point de vue qui peut ne pas être celui de notre savant collègue, ce que nous aurions surtout désiré, en tête de toute cette partie fort bien traitée d'ailleurs pour les détails, c'eût été une discussion décisive du principe même qui domine toutes ces espèces.

L'acquisition par tradition est parfaitement traitée. Au cas particulier d'une vente il faut, outre la tradition, que le prix soit payé. M. Demangeat démontre qu'il n'y a pas là une disposition arbitraire de la loi, mais un effet de l'intention du vendeur; c'est une condition tacite non remplie. Mais quand le vendeur non payé a revendiqué la chose, que devient le contrat de vente? Est-il anéanti, comme il l'est chez nous par l'action résolutoire? Assurément non : il subsiste, et si le vendeur ne veut pas rester indéfiniment dans l'incertitude, il devra intenter ensuite l'action personnelle pour vaincre la résistance de l'acheteur. Il y a là une observation qui devrait, selon nous, prendre place dans un livre élémentaire.

Toute la théorie des servitudes tant réelles que personnelles

Digitized by Google

est parfaitement traitée; mais est-il bien exact de dire, sans une certaine précaution, que les servitudes urbaines, à cause de leur caractère de continuité, ne s'éteignent pas par le non-usage, mais seulement par l'*usucapio libertatis?* Sans doute l'expression est dans les jurisconsultes romains, mais il n'y a là qu'une figure de langage dont il fallait atténuer la portée (p. 499, 512, 533); cette usucapion improprement dite n'exigeait assurément ni *justa causa* ni bonne foi; nous sommes convaincu que le propriétaire du fonds servant qui aurait bouché les fenêtres du fonds dominant ou bâti plus haut qu'il ne devait, et n'aurait pas été contraint, au moyen d'un interdit, à rétablir les jours ou à démolir ses constructions avant le délai du non-usage, aurait parfaitement recouvré la liberté de son fonds. Nous allons plus loin : il n'avait pas même besoin de l'*animus domini*, et le résultat est que si la suppression des vues était le fait du propriétaire même du fonds dominant, sans intention de remise, mais par suite de l'ignorance de son droit, le propriétaire du fonds servant, à l'insu duquel la suppression aurait eu lieu, n'en aurait pas moins bénéficié au bout du temps légal. En somme, c'est toujours le non-usage, mais entendu avec la distinction que comporte la nature des servitudes continues.

La manière dont l'usucapion est exposée a une grande valeur; nous n'avons qu'une seule remarque à faire : l'usucapion, à la différence de la prescription de long temps, n'était pas interrompue par la revendication, elle s'accomplissait donc *inter moras litis;* cette bizarrerie apparente n'est pas justifiée; le laconisme de l'auteur laisserait même croire que cette usucapion était définitive, ce qui eût été inique; il ne suffit pas, pour bien des lecteurs de citer, sans commentaire, la loi 18, D., VI, 1, bien qu'elle porte : *possessor debet tradere et de dolo cavere.*

A Rome, le mandataire ne représentait pas le mandant, s'il n'était pas soumis à sa puissance : de là cette règle qu'on n'acquérait pas la propriété *per extraneam personam;* mais on acquérait la possession par autrui, sans doute parce que la possession était restée soumise aux règles plus simples du droit des gens. M. Demangeat, qui, à l'occasion de la tutelle, n'a pas signalé le principe, néglige cette nouvelle occasion de le poser et de justifier cette curieuse exception qu'il recevait en matière de possession.

Digitized by Google

Après le mode d'acquérir *singulatim*, l'auteur passe aux acquisitions *per universitatem*.

La définition du testament donnée par Justinien (*testatio mentis*) est justement critiquée (p. 609); mais celles d'Ulpien et de Modestin elles-mêmes ne nous apprennent pas davantage ce que c'est que le testament, et pourtant ce n'est que beaucoup plus loin (p. 639) que l'auteur nous dit, avec Gaïus, que le testament consiste surtout dans l'institution d'un héritier. Nous aurions préféré un rapprochement immédiat de ces diverses définitions qui se complètent les unes les autres.

La théorie générale de la succession testamentaire, la distinction entre la *factio testamenti* et le *jus capiendi*, la nécessité pour le testateur ayant des enfants de les instituer ou de les exhéréder, la plainte d'inofficiosité, les substitutions vulgaire et pupillaire, sont pour notre savant collègue autant d'occasions de faire apprécier sa parfaite connaissance de tous les textes qui, bien mieux que les Institutes, présentent le véritable état de la législation romaine sur ces points; mais chemin faisant nous avons encore noté des propositions qui avaient absolument besoin d'être justifiées.

A la différence du père, la mère n'était pas tenue d'instituer ou d'exhéréder ses enfants, et son testament, en cas d'omission de ceux-ci, n'était même pas infirmé par la *bonorum possessio contra tabulas*; Justinien se contente de dire : *Nam silentium matris tantum facit quantum exheredatio patris*. Cette explication en demandait une elle-même.

Plus loin, notre savant collègue paraît trouver rationnelle, ou tout au moins logique, la célèbre décision de Tibère au sujet de son esclave Parthénius (*Instit.* II, 15. § 4); mais quelque effort qu'on ait fait pour la justifier, on ne nous convaincra jamais que le substitué doive, dans ce cas, concourir avec l'institué. Si l'on s'attachait au droit primitif qui se contentait des formes du testament et de la *factio testamenti* active et passive, l'esclave devrait recueillir toute l'hérédité pour son maître; si, au contraire, on voulait rechercher l'intention du testateur (interprétation qui avait prévalu pour les institutions conditionnelles (*si heres non erit*), alors le substitué devrait venir pour le tout. Ne peut-on pas voir là un effet de la fâcheuse confusion des pouvoirs législatif et judiciaire dans les mains des empereurs? Il appartenait à M. Demangeat, plus qu'à nous, de

Digitized by Google

réagir contre cette soumission complaisante des interprètes à l'une des moins heureuses solutions du droit romain. La sentence de Tibère, jugeant dans sa propre cause, mérite-t-elle tant de respect?

La théorie délicate du *dies cedens* en matière de legs n'est présentée qu'incidemment (p. 755) et avec trop de concision quand elle méritait d'être mise en évidence. Même observation au sujet de la célèbre règle Catonienne (p. 742 et 767) dont l'importance réclamait plus de relief.

Au sujet du legs de *genre*, il ne suffisait pas de dire (p. 760), que le choix appartenait au légataire ou à l'héritier, suivant que le legs était *per vindicationem* ou *per damnationem ;* il fallait démontrer que cette différence était la conséquence des principes généraux.

L'explication qu'adopte l'auteur de la règle *dies incertus in testamentis conditionem facit* est excellente pour les institutions d'héritier (p. 657); elle ne peut plus s'appliquer aux legs (p. 771), pour lesquels il faut se contenter de celle que l'auteur combat.

Nous aurions bien aussi plusieurs lacunes à signaler au sujet de la loi Falcidie, mais nous sommes confus de nous permettre tant de petites critiques qui finiraient par affaiblir les éloges mérités que nous avons donnés au livre dans son ensemble. D'ailleurs pourquoi ne supposerions-nous pas que dans un livre destiné surtout aux élèves des Facultés, l'auteur, pour ne pas amoindrir son enseignement oral, n'a pas voulu livrer à ses lecteurs tous les motifs de ses décisions, tous les fruits de ses longs travaux? Un auteur allemand très-accrédité aujourd'hui et que cite souvent notre collègue, M. de Vangerow, fait plus : il renvoie complétement à l'explication orale des matières tout entières qui ne sont indiquées pour ainsi dire que pour mémoire dans son *Lehrbuch.* Mais nous croyons que, du moment qu'une solution est donnée, elle doit être justifiée.

Le nouvel ouvrage de M. Demangeat est appelé à prendre une place trop considérable dans l'enseignement complémentaire ou plutôt supplétif (qu'on nous passe l'expression), pour que nous ne nous soyons pas fait un devoir d'attirer l'attention de l'auteur sur ce qui, dans son œuvre, nous paraît susceptible d'amélioration; au moins nos lecteurs seront-ils convaincus que nous ne leur recommandons pas le livre sur la seule autorité

Digitized by Google

de son auteur, mais que nous l'avons attentivement lu et relu, et cela, du reste, pour notre plus grand profit. Si quelques-unes de nos observations sont fondées, notre savant collègue en tiendra compte dans ses prochaines éditions; si nous nous sommes trompé, il nous pardonnera en faveur de la sincérité de nos intentions. G. BOISSONADE.

JOURNAL DES ÉTATS TENUS A VITRY-LE-FRANÇAIS EN 1744,

Par Bertin du Rocheret; publié par Auguste Nicaise.
Paris, Durand, 1864.

Ce journal raconte un des derniers épisodes de l'histoire de notre droit coutumier. L'article 16 de la coutume de Vitry-en-Champagne rédigée en 1509 avait laissé la grande question du franc-alleu dans l'obscurité. La présomption devait-elle être pour ou contre l'allodialité? Nulle terre ne serait-elle présumée être sans seigneur, ou au contraire n'y aurait-il point de seigneur sans titre? Les chambres du Parlement se partagèrent sur cette question, la grand'chambre elle-même rendait des arrêts contraires. Il fallut faire cesser cet état de choses. Des lettres patentes de 1743 ordonnèrent que l'article 16 de la coutume serait revisé, et qu'à cette fin les gens des trois États seraient assemblés pour exposer leurs dires, moyens et prétentions, après quoi il serait statué par le Parlement ainsi qu'il appartiendrait.

Le journal de cette assemblée fut écrit par Bertin du Rocheret, qui, après avoir débuté comme avocat au Parlement, avait succédé à son père dans la présidence de l'élection d'Épernay. Bertin fut toujours plus homme de lettres qu'avocat ou magistrat. Il laissa divers ouvrages inédits. Celui qu'a publié M. Auguste Nicaise est une page intéressante de l'histoire de notre droit. L'antagonisme des classes, le caractère de chacun des trois ordres au XVIIIe siècle s'y peignent vivement dans un récit plein de finesse et d'agrément. L. V.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

Revue critique de la Jurisprudence sur les nullités des contrats de mariage.

Par M. A. Bertauld,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

SECOND ARTICLE[1].

Je me propose de compléter l'exposé commencé d'une théorie sur les nullités de contrat de mariage.

§ 1.

Le sort du contrat de mariage est-il subordonné au sort du mariage?

La destinée du contrat de mariage et la destinée du mariage sont intimement liées sans doute; mais elles ne sont pas toujours enchaînées par une indivisibilité telle qu'elles ne puissent être indépendantes. Le contrat de mariage n'a point, à la vérité, une vie qui lui soit propre; loi des relations civiles à naître du mariage, il n'a de raison d'être et d'autorité qu'autant qu'il y a un mariage valable, ou au moins une union qui, par suite de la bonne foi des contractants ou de l'un d'eux, a les effets d'un mariage valable.

Le contrat de mariage peut être inficié d'une nullité qui ne vicie pas le mariage; la validité du mariage n'implique donc pas la validité et le caractère obligatoire de la loi faite pour le régir.

Cette première proposition conduit nécessairement à cette autre proposition, que la validité acquise *ex post facto* au mariage, parce que son vice est purgé, parce que le moyen d'attaque n'est plus recevable, n'implique nullement que le contrat de mariage participe lui-même à la protection qui couvre les rapports qu'il était appelé à gouverner. Le contrat peut demeurer nul ou annulable quand le mariage cesse de l'être.

[1] V. t. XXI, p. 193 à 206.

Digitized by Google

Cette dernière proposition serait vraie, même quand les vices et du contrat et du mariage seraient des vices communs. Cette communauté ne fait aucun obstacle à ce que ces vices restent opposables au contrat lorsqu'ils ne le sont plus au mariage.

Vainement objecterait-on, pour ébranler ces idées, que les stipulations civiles qui ont précédé l'union ont pu et dû exercer sur sa formation une grande part d'influence, et qu'en les privant d'effet lorsque le mariage subsiste on scinde ce qui est intentionnellement indivisible; on respecte la conséquence en écartant la cause, ou au moins la condition; qui sait si le mariage se fût fait sans le pacte sous la foi duquel il a été accepté?

Cet argument prouve trop; il a plus de largeur que sa conclusion; il ne s'applique pas seulement au cas où les mêmes nullités entachent le mariage et le contrat de mariage, mais il s'applique encore au cas où l'un et l'autre sont entachés de nullités diverses. On s'expose toujours à faire violence à la pensée des contractants en rompant le lien entre l'union conjugale et la loi qu'ils avaient créée pour la dominer. La raison d'indivisibilité ne devrait-elle pas même être assez puissante pour interdire d'annuler le contrat de mariage, quand le mariage a été dès l'origine pur de tout vice? Qu'importe que le mariage ait toujours été valable, si une présomption *juris et de jure* répute qu'il est, dans l'intention des époux et de leurs familles, inséparable du contrat qui l'a précédé?

Logiquement, nous allons arriver à une extrémité devant laquelle, jusqu'ici, tous les jurisconsultes ont reculé.

Personne n'a encore osé soutenir que la validité du mariage implique nécessairement la validité du contrat de mariage. Mais alors pourquoi un contrat de mariage annulable serait-il de meilleure condition quand le mariage pourrait être annulé que lorsque le mariage serait à l'abri de tout reproche?

Enfin la question d'intention à laquelle nous ne nous arrêtons pas dépendrait singulièrement des circonstances et n'aboutirait pas toujours à l'indivisibilité. Une jeune fille, sans le consentement de ses ascendants, fait un contrat de mariage et épouse l'homme qui l'a séduite. Les motifs qui empêcheront la famille d'attaquer le mariage l'empêcheront-ils de faire annuler le contrat qui serait une indigne spéculation, la ruine peut-être de la femme?

Digitized by Google

Je soutiens que les fins de non-recevoir qui protégent le mariage ne protégent pas virtuellement et nécessairement le contrat annulable et les donations qu'il renferme [1].

Ma solution embrasse et les contrats de mariage des mineurs et les contrats de mariage des prodigues ou faibles d'esprit, des déments interdits ou des déments non interdits. Sa généralité me dispense d'examiner dans quels cas, par qui, à quelles conditions le mariage lui-même peut être attaqué; si la validité d'un contrat de mariage suppose un mariage, si, *vice versâ*, la validité d'un mariage ne suppose pas l'efficacité du contrat qui l'a précédé. Je n'ai donc pas à examiner si l'interdit pourrait, sous prétexte de santé, dans un intervalle lucide, prendre les engagements durables, permanents, qui résultent d'un acte dont l'objet est plutôt d'unir deux âmes que d'unir deux corps, de fondre en une seule vie la vie de deux êtres intelligents et moraux, que de constituer une association sexuelle, d'élever une famille que de perpétuer l'espèce. Je n'hésiterais pas, je l'avoue, à sacrifier les considérations physiologiques et les moyens curatifs au besoin d'assurer au lien conjugal le caractère que réclament la grandeur et la sainteté des devoirs qu'il impose. Je n'ai pas à examiner davantage si l'époux relevé de l'interdiction, si le tuteur de l'interdit, si les collatéraux de l'interdit après sa mort, auraient qualité pour demander la nullité du mariage. Plus le mariage de l'interdit aurait de chances d'échapper à l'annulation, plus, dans ma pensée, il y aurait d'impérieuse nécessité d'ouvrir des actions pour faire annuler le contrat que l'intrigue et la cupidité auraient surpris. C'est aussi précisément parce que le prodigue ou le faible d'esprit pourvu d'un conseil judiciaire a capacité pour se marier sans le concours de ce conseil, qu'il faut dire, suivant moi, que le contrat est soumis à l'application de l'article 513 du Code Napoléon [2]. Les dispositions des articles 502, 503, 504, 901 du Code Napoléon n'ont rien d'inconciliable avec la nature des conventions matrimoniales [3].

[1] V. en ce sens un arrêt de rejet de la chambre civile du 13 juillet 1857, que M. de Villeneuve a critiqué. (Devil. et Car., 57, 1, 801.)

[2] *Contra* chambre civile, rejet 23 décembre 1856. (Devil. et Car., 57, 1, 246.)

[3] *Sic.* arrêt de rejet de la chambre civile du 23 décembre 1856. (Devil. et Car. (57, 1, 244.)

Digitized by Google

L'auteur d'un livre très-digne d'estime a pensé que la ratification d'un mariage annulable, pour cause d'incapacité, entraîne de plein droit la ratification du contrat susceptible d'annulation pour la même cause, ainsi que celle de toutes les libéralités qu'il contient; il invoque l'article 1338, et un argument *à contrario* déduit de l'article 1340; il semble limiter cette théorie à l'hypothèse de la violation des articles 1095, 1309 et 1398.

Je confesse que je ne comprends pas très-bien comment et pourquoi le lien du mariage et le pacte nuptial constituant des actes distincts, la ratification de l'un doit fatalement s'étendre à l'autre; je ne m'explique pas non plus comment la convention, qui n'était pas une loi obligatoire le jour de la célébration civile de l'union, a pu acquérir cette autorité *ex post facto* et uniquement parce que l'union n'est plus sous la menace d'une action en nullité.

Dirait-on que le marisge n'a de date que du jour où il est ratifié et que dès lors le contrat n'est pas devenu valable après coup? On oublierait qu'un mariage annulable n'est pas un mariage nul, tandis qu'un contrat de mariage est ou n'est pas, qu'il ne comporte aucunes conditions qui le laissent en suspens, que son sort est fixé le jour où les contractants sont devenus époux.

La maxime *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia* n'est pourtant pas suivie, par l'auteur auquel nous faisons allusion, avec une absolue rigueur : « La validation du mariage « tient-elle à ce que l'épouse d'abord trop jeune a atteint de« puis six mois l'âge compétent, le contrat et la libéralité qu'il « renferme se trouveront également validés. Il en sera encore « de même dans l'autre cas indiqué par l'article 185, si même « avant l'expiration des six mois, *depuis qu'elle a atteint sa « quinzième année*, la femme est devenue grosse. Dans l'un « comme dans l'autre cas, en effet, les deux conditions re« quises pour que le contrat devînt inattaquable, se trouvent « réalisées.

« Le mariage n'est pas seulement à l'abri de l'action en nul« lité, le contrat qui l'a précédé se trouve exécuté à un mo« ment où les parties sont devenues capables de le consentir « valablement. Mais si la validation du mariage tenait seule« ment à ce que la femme se trouve enceinte avant l'âge de

Digitized by Google

« quinze ans, il en serait autrement ; car la ratification ne peut « résulter de l'exécution volontaire qu'autant que les contrac- « tants auraient capacité pour le faire au moment où cette « exécution se produit. »

Pourquoi donc la grossesse avant que la femme ait quinze ans, n'aurait-elle pas autant d'influence que la grossesse survenue après l'accomplissement de la quinzième année? La femme qui a donné un démenti à la présomption de défaut d'âge n'est-elle pas réputée avoir eu capacité pour contracter mariage? Il est vrai que le vice du mariage est purgé par une circonstance qui n'est pas un fait réfléchi et dépendant de la liberté de la femme ; mais la grossesse change-t-elle de caractère par cela seul que lorsqu'elle se produit la femme a franchi sa quinzième année ?

§ 2.

Quel est dans l'hypothèse de l'annulation du contrat de mariage, bien que le mariage soit maintenu, le régime civil des époux ?

Le régime de la loi, a-t-on répondu ; l'exclusion de la volonté exprimée laisse place à la volonté présumée ; la communauté légale, objet des préférences législatives, est réputée avoir été tacitement adoptée.

Les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, dit une autre opinion : la communauté légale entraîne des aliénations respectives du mobilier présent et futur qui dépassent le pouvoir des mineurs, des prodigues, et l'interdit privé du droit d'administrer est, bien évidemment, toujours privé du droit de disposer.

Ces deux opinions s'accordent à ne tenir aucun compte des libéralités, des donations de biens présents et des donations de biens à venir.

Je ne me rallie ni à l'une ni à l'autre de ces opinions. Je ne puis me résoudre à imposer le régime de la communauté légale à des époux incapables ou à un époux incapable ; la stipulation expresse qui serait faite de ce régime pourrait à juste titre être considérée comme lésionnaire ; comment donc suppléer cette stipulation pour lui assurer une efficacité qu'elle ne devrait point avoir si elle était l'œuvre d'une volonté exprimée?

Digitized by Google

Je n'impose pas davantage le régime de la séparation de biens. Est-ce que le régime exclusif de la communauté ne se recommanderait pas par les mêmes avantages, avec l'humiliation de moins pour le mari?

Cependant je ne conclus pas en faveur du régime exclusif de la communauté; je conclus en faveur de la communauté réduite aux acquêts, toutes les fois que les contractants ou l'un d'eux seront incapables de souscrire directement et principalement des engagements valables, comme lorsqu'il s'agira, par exemple, du contrat de mariage d'un interdit ou d'un dément non encore en état d'interdiction. La communauté est, en effet, le régime légal; j'en détache seulement les conséquences auxquelles les contractants n'ont pas eu capacité pour se soumettre; j'applique le principe de la loi; je me conforme à son vœu, mais avec les restrictions et les tempéraments que comporte la situation; je n'admets pas par voie indirecte ce qui ne pourrait se faire directement; je repousse les aliénations, les abandons, et je ne laisse à la volonté de la loi qui remplace la volonté contractuelle absente que la puissance d'opérer la confusion des revenus et des économies.

Ma solution est donc fondée sur la loi, dont sans doute je limite la portée, mais en puisant ma limitation dans la loi elle-même.

Mon système est moins arbitraire que celui qui fait appel au secours de la séparation de biens ou même au secours du régime exclusif de la communauté.

C'est aussi le régime de la communauté réduite aux acquêts dont je présume l'adoption quand les mineurs ou les personnes pourvues d'un conseil judiciaire n'ont pas fait de contrat de mariage.

Lorsqu'ils ont fait un contrat de mariage, les mineurs, sans l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour le mariage, les prodigues ou les faibles d'esprit, sans l'assistance de leur conseil, je maintiens le régime de la séparation de biens ou le régime exclusif de la communauté s'ils l'ont stipulé; ces régimes, en effet, n'impliquent l'existence d'aucun acte de disposition; mais si ces incapables ont fait des stipulations d'ameublissement, de forfait de communauté ou seulement de communauté légale, je retranche, je mutile, si l'on veut, et je ne respecte de la communauté que les conséquences qu'il leur

Digitized by Google

eût été permis de stipuler, abstraction faite du mariage; je réduis l'efficacité de leur volonté, mais je ne l'anéantis pas entièrement.

Dans cette théorie, je me rencontre, sur quelques points, avec deux de nos plus savants et de nos plus judicieux jurisconsultes, MM. Aubry et Rau sur Zachariæ; mais je me sépare profondément d'eux en tant qu'ils imposent la communauté légale aux mariés incapables qui n'ont pas fait de contrat de mariage, ou qui en ont fait un qu'ils n'avaient pas le droit de faire. (Dans le sens de MM. Aubry et Rau, V. un arrêt de Riom du 23 juin 1853; Devil. et Car., 54, 2, 37.)

A. BERTAULD.

DES FRANÇAIS PAR NAISSANCE.

DISSERTATION

sur l'ensemble et l'enchaînement des articles 8, 9 et 10 du Code civil, et sur les lois des 22 mars 1849, 3 décembre 1849 et 7 février 1851.

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

(Extrait d'un *Nouveau Commentaire*, inédit, du *Titre* DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.)

(*Suite* [1].)

SOMMAIRE.

SECTION 1re. *Des naturels Français ou Français par naissance.*

XXI. La seule naissance en France confère la naturalité, indépendamment de l'*origine* et de la *demeure* des parents.

XXII. Des *Colons*. Doutes de M. Siméon : *s'ils ont les droits politiques?*

XXIII. De ceux nés dans les pays étrangers où nous avons des établissements pour la commodité de notre commerce, et de ceux nés en tout autre pays étranger.

XXIV. De ceux qui sont nés en pays étranger de parents *ayant perdu* la qualité de Français. — Récapitulation.

XXV. EXPLICATION DE L'ARTICLE 8. — Il s'applique à tous les Français de tout sexe et de tout âge.

[1] V. p. 214 de ce volume.

Digitized by Google

XXVI. Les Français qui professent la religion juive ne font plus exception. — Renvoi.

XXVII. Au nombre des Français, il faut compter les *Étrangères* qui ont épousé des Français.

XXVIII. Examen de l'emploi du mot *Français* dans les articles 8, 9 et 10.

XXIX. Que ce titre ne s'occupe que de la nationalité.

XXX. Division des Français par naissance, en Français *complets* et Français *incomplets*.

XXXI. Explication de l'article 10. — Il se divise en deux chefs. — *Premier chef :* Le fils de Français, né en pays étranger, peut toujours rentrer en France *sans formalités*.

XXXII. *Deuxième chef:* Du Français né en pays étranger d'un auteur qui a perdu la qualité de Français.

XXXIII. Tout enfant né à un Français, même à l'étranger, avant le fait qui l'a fait déchoir de sa qualité, est pleinement Français.

Si la naissance postérieure est arrivée en France, l'enfant serait Français commencé aux termes de l'article 9.

XXXIV. Des enfants naturels d'un Français ou d'une Française.

XXXV. Enfants nés en pays étranger du mariage d'un étranger avec une Française ont le droit de recouvrance, *à cause du sang maternel*.

XXXVI. Les droits de *réclamation* ou de *recouvrance* ne sont accordés qu'aux enfants du premier degré.

XXXVII. En aucun cas l'enfant né en pays étranger après la perte par son auteur de la qualité de Français, ne peut exciper du fait de la conception en France. — Rétractation.

XXXVIII. Suite du même sujet. Réfutation des arguments nouveaux.

XXXIX. Mode d'exercice de la recouvrance.

XL. Sens des mots « *il pourra toujours.* »

XLI. La majorité dont il s'agit aux articles 9 et 10 est, *dans tous les cas*, la majorité française.

XLII. Que le droit de recouvrance est purement personnel, et ne peut être exercé par un administrateur légal.

XLIII. La déclaration d'intention est un acte de l'état civil. Conséquences.

XLIV. Indulgence due à l'imperfection de quelques formes accessoires.

XLV. Sur les mots pourvu que...

XLVI. Le droit de recouvrance se perd si la déclaration d'intention n'est pas suivie d'exécution dans l'année.

XLVII. Examen de l'article 9. — Différences entre les espèces soumises à l'article 9 et les espèces soumises au deuxième alinéa de l'article 10.

XLVIII. Ressemblance entre l'exécution de l'article 9 et de l'article 10, selon que les individus compris dans l'article 9 se trouvent en France ou à l'étranger pendant leur vingt-deuxième année.

XLIX. Passage remarquable de M. Proudhon.

L. Réfutation.

1° Le Code civil n'est pas l'interprète de la Constitution de

Digitized by Google

l'an VIII, et les lois civiles doivent être interprétées sous l'influence des lois constitutionnelles.

2° Explication des textes constitutionnels.

3° Le Code civil traçait la démarcation entre le Français et l'étranger, et *résidence* y est pris dans le sens de demeure habituelle.

4° Sous le premier empire, l'enfant né en France d'un étranger et résidant en France, satisfaisait à l'article 9 par le fait de son inscription au registre civique du canton de sa résidence dans sa vingt-deuxième année.

5° Pas de difficulté à élever sur la procédure administrative qui n'avait jamais été réglée.

6° Quand le réclamant demeurait en France, il n'y avait même pas besoin de déclaration d'intention; la fixation de domicile en donnait lieu.

7° Le registre civique ne s'établissait pas sans documents.

LI. Loi du 22 mars 1849. — Son texte.

1° Loi mixte; partie civile, partie politique.

2° Comment elle doit être interprétée.

3° L'article 9 du Code civil demeure en vigueur contre les individus non compris dans les deux catégories privilégiées que la nouvelle loi a établies. — Conséquences pour les personnes comprises dans les deux catégories.

4° Sage application qu'en fait M. Alauzet.

5° Suite.

6° Dissidence avec M. Alauzet sur ce qu'il ne regarde plus la déclaration d'intention que comme une simple formalité. — Réfutation. — Faute de déclaration, les individus des deux catégories ne sont même pas Français à leur mort, s'ils n'ont fait déclaration d'intention.

7° Quels sont leurs droits pendant leur vie.

8° Illusion produite par la loi du 14 juillet 1819 sur les auteurs de la loi de 1849 : point de vue de législation générale qu'ils n'ont point aperçu.

9° Opinion de l'auteur sur l'article 9.

10° Que le fait de l'inscription, sans contestation, sur une liste électorale, d'un Français né en France d'un étranger, élève une fin de non-recevoir contre l'assertion qu'il n'aurait jamais fait sa déclaration d'intention. — Renvoi.

XXI. On a toujours mis au nombre des vrais et naturels Français, *ceux qui* sont nés dans l'étendue de la domination française (Pothier, *V.* ci-dessus *chiffre* II, *V.* aussi Bacquet, *Aubaine*, *ch. II*). — La locution « ceux qui » ne veut pas dire « *les Français* qui... » Elle est plus étendue; elle est universelle et signifie *toute personne*, *tout individu*, *tout enfant* né en France, abstraction faite des parents qui lui ont donné le

Digitized by Google

jour; et Pothier l'explique lui-même par ces mots au lieu ci-dessus cité : « La seule naissance dans ce royaume donne les « droits de naturalité, indépendamment de *l'origine* des père « et mère et de *leur demeure.* »

XXII. Il faut regarder comme naturels Français ceux qui sont nés dans nos colonies. (Pothier, *V.* ci-dessus, *chiffre* II.) Que la colonie se fût formée par l'occupation, la conquête, la cession de puissance à puissance, il était certain que le sol colonial était sol français, et par conséquent *France* à l'égard des habitants et des étrangers, et au regard de la France, *France coloniale.* Néanmoins le Tribunat s'était posé la question « si « l'on entendait par Français et par individus nés en France « les Français des colonies et les individus qui y naîtraient de « parents étrangers » (M. Siméon, *Rapport;* Fenet, p. 167)? Le rapporteur nous apprend « que la commission pensait que les « Français des colonies et les individus qui y naissent de pa- « rents étrangers sont compris dans les articles 9 et 10 du projet « (8 et 9 du Code). Les colonies ne sont pas la France pro- « prement dite ; mais, ajoute-t-il, les colons sont des Français ; « ils ont toujours joui des droits civils des Français; ils ont « toujours été régis par nos lois, sauf les exceptions particu- « lières qu'exige la différence des climats et des mœurs. » — Puis il émet le vœu que le Code civil leur soit rendu commun, et semble croire que, s'ils participent aux droits civils, ils ne participent pas aux droits politiques.

Il ne faut pas douter aujourd'hui que les colons, et les enfants d'étrangers etablis dans les colonies françaises ne soient Français de naissance, jouissant des droits civils. Ils ont même les droits politiques. — Toujours, si ce n'est dans quelques instants d'illusion, les colonies ont été soumises à des lois et à des règlements particuliers et ont eu chacune leur gouvernement spécial. (*V. l'art.* 91 *de la Constitution de l'an VIII, l'art.* 63 *de la Charte de* 1814*; l'art.* 64 *de la Charte de* 1830.) Il faut même se garder de conclure de l'article 1er du décret organique du 2 février 1852, « l'Algérie et les colonies ne nom- « ment pas de deputés au corps législatif, » que les colons n'aient pas les droits politiques. Cet article 1er n'est pas une loi personnelle; c'est un statut local d'administration politique, établi dans un esprit de conservation de la colonie même.

Digitized by Google

Tous les Français des colonies jouissent tellement des droits politiques, qu'il peuvent obtenir, même dans la France continentale, les fonctions publiques dont ils seraient capables, et s'ils venaient s'y fixer, ils y jouiraient, sans autres conditions que les autres Français, du droit inhérent à la personne de tout citoyen français de nommer des députés et même de se présenter comme candidats à la députation. Tout cela est une suite de ce que chaque colonie étant placée dans un autre milieu que la métropole et pouvant être mélangee d'indigènes, il peut être nécessaire de mesurer à ceux-ci même les droits civils pour conserver la paix publique. Quant au vœu de M. Siméon que le Code civil leur soit rendu commun, il y a longtemps qu'il a été progressivement exécuté, non-seulement pour le Code civil, mais pour les autres Codes, avec les modifications nécessaires à chaque colonie. — C'est là un objet d'étude à part.

XXIII. Pothier ajoutait encore : « Même ceux qui sont nés « dans des pays étrangers, où nous avons des établissements « pour la commodité de notre commerce. » — C'est ce qu'on appelait autrefois *Comptoirs* : il y en avait dans plusieurs villes de l'Inde pour chaque nation de l'Europe ; les Français y vivaient en corps de nation et ces comptoirs n'existaient que dans les pays dont les naturels étaient maîtres et en vertu de traités faits avec eux ; tel est l'établissement qui a été le résultat des derniers traités de la France avec la Chine. — On sent assez que ces établissements sont des colonies au petit pied formées sur le territoire d'un autre souverain et de son consentement, régies par les lois françaises. — Qu'importe d'ailleurs à la question de nationalité des enfants que la souveraineté du territoire appartienne à une autre puissance, puisque, d'après l'article 10 § 1er, l'enfant d'un Français naîtrait Français sur tout territoire étranger où la France n'aurait ni comptoir ni établissement d'aucun genre, et c'est ce que Pothier admettait encore en ces termes : « Des enfants nés dans un pays étranger d'un père français qui n'a pas établi son domicile dans ce pays ni perdu l'esprit de retour, sont aussi Français. »

Remarquons bien que Pothier disait : « A plus forte raison, ce- « lui qui serait né en pleine mer de parents français, doit-il être « Français ! » On doit dire que celui qui naît de parents fran-

Digitized by Google

çais *en tout lieu qui ne serait pas France* est nécessairement Français, et c'est pour cela que tout acte de l'état civil fait en pays étranger peut être reçu par les officiers étrangers et fait foi en France.

XXIV. Enfin, il faut mettre au rang des Français de naissance, même les enfants au premier degré nés en pays étranger d'un Français, qui aurait perdu la qualité de Français et qui demandent de recouvrer leurs droits en rentrant en France et en y fixant leur domicile. Nous n'en dirons pas davantage ici. C'était un ancien principe consacré par la jurisprudence des Parlements. La clémence de l'ancienne législation ne les regardait cependant pas comme Français tant qu'il ne formaient pas de demande. Ordinairement, ils demandaient des *lettres de naturalité* pour l'exercice de leurs droits; mais on ne regardait pas comme nécessaire cette formalité de chancellerie. Notre article 10 a conféré à la seule volonté et au fait spontané de chaque individu de cette classe le droit de *recouvrer* la qualité de Français dont la faute d'autrui l'avait privé.

En résumé, on est naturel français ou Français par naissance :

1° Par le fait même de la naissance en terre française, *complétement*, si le père légitime est Français, si le père naturel est Français, si la mère naturelle est Française, si les père et mère sont inconnus; *incomplétement*, et comme Français commencé, si les parents sont étrangers ;

2° Par la naissance reçue en pays étranger d'un Français père légitime, d'un Français père naturel, ou d'une mère naturelle française ;

3° Par la naissance au premier degré en pays étranger d'un Français ou d'une Française qui aurait perdu cette qualité; ce qui fait une seconde classe de Français commencés, mais incomplets, et naturels par le sang français seulement.

XXV. L'article 8 confère à tout Français, sauf les causes de déchéance, de restriction et de limitation, la jouissance des *droits civils*, par opposition à l'article 7 qui soumettait la jouissance des *droits politiques*, parce que ceux-ci doivent être combinés avec le bien du pays, et que ceux-là, influant davantage sur le bonheur individuel, et se faisant sentir tous les jours et à tous les instants (M. Treilhard, *Exposés des motifs*),

Digitized by Google

sont dus à tous les regnicoles, à moins qu'ils ne soient dans une exception consacrée par la loi. De ce que la jouissance des droits civils appartient à tout Français, il suit qu'en général les mêmes droits appartiennent à celui qui est né Français — et à celui qui l'est devenu par la naturalisation dont on traitera dans la section II.

Dans cet article 8 : « *Tout Français jouit des droits civils,* » *tout Français* est un terme générique qui comprend aussi les femmes : elles jouissent de presque tous les droits civils ; et comme elles ont une capacité générale, il faut que les incapacités particulières qui les frappent résultent d'un texte qui leur dénie l'exercice d'un droit ou l'attribue spécialement aux hommes (EXEMPLES, C. Nap., art. 37, 442, 980). Les mots « tout Français » comprennent même les mineurs et les interdits; car ils ont la *jouissance générale* des droits civils, quoiqu'ils n'en aient pas l'exercice.

Tout ceux qui naissent Français sont nécessairement compris dans la règle non écrite « *Tout individu né en France est Français,* » sauf les modifications apportées par les articles 9 et 10 aux droits civils des Français COMMENCÉS. — Y a-t-il des exceptions? Nous n'en voyons pas; à moins, peut-être, de quelque motif tiré du droit des gens ou de considérations politiques, comme le cas d'un enfant né en France, qui ferait dans sa vingt-deuxième année sa déclaration d'intention, quoique fils d'un prince voisin à la succession duquel il pourrait être appelé plus tard, et quelques autres cas qu'on ne peut déterminer. (*V.* ci-dessus *notre chiffre* XV.)

XXVI. Aujourd'hui, comme au temps de notre première édition, le mot *Français* comprenait tous ceux de nos compatriotes qui professent la religion de Moïse. Alors cependant nous étions encore voisins d'une législation de méfiance à leur égard. Nous devons supprimer ici tout ce que nous avons écrit à ce sujet : ce serait un hors-d'œuvre que, peut-être par une faiblesse d'auteur, nous rejeterons à la fin du volume à publier. Peut-être encore y trouvera-t-on des documents judiciaires bons à rappeler pour distinguer entre le vrai commerçant et celui qui loue principalement ses services. Il est bon de ne pas oublier tout à fait les décisions judiciaires des époques transitoires.

Digitized by Google

XXVII. Il faut aussi compter au nombre des Français, en prenant ce mot génériquement, l'Étrangère de naissance qui serait devenue l'épouse d'un Français (*Code civ., art.* 12); car il faut compter au nombre des étrangers la femme française mariée à un étranger (*Code civ., art.* 19). Ce changement de nationalité des femmes est une espèce de naturalisation du droit des gens, comme on le verra dans la section II.

XXVIII. Nous venons de dire (*chiffre* XXV) en examinant philosophiquement le sens des mots « *tout Français* » dans l'article 8, qu'il est générique et comprend aussi les femmes. Il en faut dire autant *grammaticalement*, soit qu'on regarde le masculin employé d'une manière abstraite et absolue comme exprimant un *genre commun*, soit plutôt qu'on sous-entende par ellipse « ou *toute Française.* »

Il en est de même dans les articles 9 et 10 : nul n'en pouvait douter lors de la discussion au Conseil d'État, quand, à la séance du 14 thermidor (V. *chiffre* IV ci-dessus) se suivaient ces quatre propositions : l'art. 1er « Tout Français jouira des droits civils » voulant évidemment dire « ou *toute Française;* » l'art. 2 « Tout individu né en France est Français » comprenant tout, sans différence de sexe, d'âge, de légitimité ou d'illégitimité ni d'extraction ou origine française ou étrangère; l'art. 3, 1er *alinéa* « Tout enfant né en pays étranger d'un Français, est Français, » voulant dire tout aussi clairement « ou *d'une Française,* » quand l'enfant était né hors mariage, et comme signifiant aussi que l'enfant naturel né à l'étranger d'un père Français aurait la nationalité française, si son père suivait la loi française pour reconnaître la paternité. — Le même article 3, 2e *alinéa* (aujourd'hui, *art.* 10), « Tout enfant né en pays étranger d'un *Français* qui aurait perdu sa qualité de Français..... signifiant par la même raison « ou d'une mère *française* qui aurait perdu la qualité de *Française.* » L'interprétation en étant sûre d'après l'enchaînement des textes et d'après les effets de l'ellipse, comment donc donner une autre interprétation aux mots « *Tout Français* » de l'article 8, par cela seul que l'ancien article 2 « *Tout individu né en France est Français.....* » aurait été écarté de la rédaction? Comment les interpréter autrement, surtout quand l'article ajouté (l'art. 9) se lie par ses premiers mots : « L'in-

Digitized by Google

DIVIDU NÉ EN FRANCE *d'un étranger pourra.....* » aux premiers mots de l'article effacé « *Tout individu né en France* » auxquels ils font allusion? — Il devient donc évident qu'est Français de naissance *l'individu* né en France d'un Français, soit par le mariage, soit hors mariage, ou d'une Française hors mariage. Or, il en est de même dans tout notre droit quand on y parle d'une manière générale ou indéterminée d'un droit ou d'une obligation commune aux deux sexes; en disant le Français, un Français, on y comprend mentalement *la Française, une Française.* Lisez *les articles* 14, 15, 17, 18, 20, dans notre titre; 47 et 48 aux *Actes de l'état civil;* — 999 au *titre des Testaments*, etc., etc.

Il en est de même quand on parle indéfiniment ou généralement de l'étranger. (*Voyez au Code civil, les art.* 3; 11, 13, 14, 15, *etc., etc.*) C'est de même que dans la langue latine où l'on mettait *in sexu masculino*, le nom générique des personnes dont on parlait; car Ulpien, dans son traité *ad Edictum*, ne se contente pas de dire philosophiquement que le langage de l'Édit au genre masculin s'étend ordinairement aux deux sexes et les réunit dans sa signification (*LL.* 1 *et* 195, ff., *De verb. sign.*); mais il nous en donne aussi cette raison grammaticale, que les Latins sous-entendaient par ellipse le genre féminin quand la loi était applicable au fait d'une femme (*L.* 3, ff., *De neg. gestis; L.* 1, *De pecuniâ const.*) [1]. — Aussi dans le même article 9 « *né d'un étranger*, signifie encore « ou *d'une étrangère.* » D'où il suit que l'enfant d'une fille étrangère né en France serait Français, Français incomplet, il est vrai, mais pouvant compléter sa nationalité par une déclaration d'intention (*Cassation,* 19 *juillet* 1848, aff. I... de B...)

XXIX. Remarquons maintenant avec quel soin les rédac-

[1] TEXTES CITÉS. — Verbum hoc, *si quis*, tam masculos quam fœminas complectitur (ff., *De verb. signif.*, L. 1).

Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur (ff., *eod. tit.*, L. 195).

Hæc verba, *si quis*, sic sunt accipienda, *sive quæ :* nam et mulieres negotiorum gestorum agere posse et conveniri non dubitatur (ff., *De neg. gest.*, L. 3, § 3).

Ait Prætor : *Qui pecuniam debitam constituit. Qui* sic accipiendum est, *quæve :* nam et mulieres de constitutâ tenentur, si non intercesserint (ff., *De pecun. const.*, L. 1, § 1).

Digitized by Google

teurs ont évité dans ce chapitre toute désignation d'auteurs de la naissance, toute indication de qualités civiles ou naturelles de père, mère, époux, parents. Pourquoi ce style abstrait, qui ne voit que deux classes d'individus — Français — ou étrangers, et qui fuit systématiquement les indications de parenté? C'est que les rédacteurs ne traiteront ici que de la *nationalité* et de la qualité *de Français. Tous les individus qui naissent,* EN FRANCE, *de Français, sont* FRANÇAIS COMPLETS. — Cela n'a pas besoin d'être dit, puisque l'enfant de l'étranger ou de l'étrangère s'y trouve en naissant *Français commencé.* — Les questions de paternité, de maternité, de légitimité, de reconnaissance, sont toutes indifférentes à la question de savoir si l'individu né en France est Français. Il apporte en naissant l'état général de Français et rien ne peut contredire cette vérité, que les textes des traités avec les autres nations, puisque notre chapitre ne traite que de l'état général de Français et non de l'état de famille (V. *chiffre* XVII), objet de titres subordonnés à celui-ci et ne pouvant l'affecter.

XXX. D'après ce que nous venons de dire et en présence de l'article 9 écrit dans une forme qui suppose, comme l'ancien droit, que tout individu né en France est Français par le bénéfice du sol, mais qui, cependant, lui impose des conditions et une limite dans lesquelles seules il puisse réclamer la qualité de Français, il faut conclure ce qui suit :

SONT FRANÇAIS PAR NAISSANCE et Français *complets :*

1° L'enfant né en France du légitime mariage d'un Français;

2° L'enfant naturel né en France d'un père naturel français;

3° Ou celui né en France d'une fille ou veuve française.

SONT FRANÇAIS PAR NAISSANCE, mais Français *incomplets :*

1° L'enfant né en France d'un étranger marié ou non;

2° Et l'enfant né en France d'une fille étrangère.

Dans ces deux dernières hypothèses, la fin de l'article 9 exprime les conditions imposées à l'enfant né en France d'un étranger ou d'une étrangère pour compléter sa qualité de Français. Nous n'y reviendrons qu'après avoir expliqué l'article 10, parce que cet article 10 a précédé l'article 9 dans l'ordre de la conception législative, qu'il avait été arrêté en Conseil d'État avant la transmission du premier projet au Tribunat, et qu'une partie du projet de cet article 10 a été

Digitized by Google

depuis transportée à l'article 9, à l'égard duquel il est intervenu des changements dans la législation nouvelle.

XXXI. Tant que les Français naissent dans leur patrie, le législateur a pu prendre le lieu de leur naissance pour signe caractéristique de leur nationalité; mais quand ils naissent en pays étranger, le signe caractéristique de la nationalité ne peut plus être que dans la filiation légitime ou naturelle des enfants.

L'article 10 a deux chefs :

Par le premier, il déclare que « tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français. »

Par ces mots « né d'un Français, » la loi sous-entend ou « d'une Française. » — V. *chiffres* XXVII *et* XXVIII.

De sorte qu'il s'agit ici des enfants nés en pays étranger du mariage d'un Français et des enfants naturels nés en pays étranger soit d'un Français, soit d'une Française.

Quelques réflexions sont ici nécessaires.

Dans ce premier chef, la loi parle des Français voyageant ou vivant habituellement en pays étranger, mais qui n'ont pas perdu l'esprit de retour. Leurs enfants sont vrais et naturels Français, et ne peuvent perdre leurs droits civils en France que par l'une des causes énumérées au chapitre II, *De la Privation des droits civils*, ou par quelque autre loi postérieure au Code civil.

Le Français est libre, mais il sort de France soumis aux lois personnelles françaises; ses enfants naissent donc Français, même en pays étranger : car, Français en tout lieu, il doit partout ses enfants à son pays. C'est la loi française qui gouverne leurs personnes, indépendamment de la loi locale (du moins par rapport à la France), indépendamment même de la mort de leur auteur dans le pays qu'il habite, si l'esprit de retour n'avait jamais été éteint chez lui. Ses enfants sont donc Français complets. Ils peuvent tous rentrer en France; ils peuvent tous y exercer les droits civils, et même les droits politiques sous les conditions constitutionnelles, sans autre titre que la preuve de leur origine française; qu'ils soient enfants légitimes d'un Français, ou qu'enfants naturels d'une mère Française, ou d'un père Français les ayant empreints du scoau authentique de la reconnaissance, la France leur est

Digitized by Google

ouverte sans aucune formalité et sans aucune des conditions dont il est parlé dans la seconde partie de l'article 10 et de l'article 9; car le fils a l'état de son père français [ou de sa mère française]; il est donc Français comme son père ou sa mère. Peu importe, disait un orateur français (M. Treilhard, *Exposé des motifs*), peu importe le lieu où il est né. La France n'a pu que gagner à la comparaison, et l'amour de la patrie n'est jamais présumé éteint [chez le fils de Français, quoique né en pays étranger].

XXXII. Passons au second chef de l'article 10 : « Tout en-« fant, *né* en pays étranger d'un *Français qui aurait perdu la* « *qualité de Français*, pourra toujours recouvrer cette qualité « en remplissant les formalités prescrites par l'article 9. »

Le premier chef parlait de l'enfant né en pays étranger d'un Français *integri statûs* : enfant aussi complétement Français que son auteur.

Le second chef règle les moyens offerts à l'enfant né en pays étranger d'un Français qui a voulu cesser d'être Français et devenir étranger, afin que cet enfant recouvre une patrie et l'état civil de Français, que la faute de son auteur lui a fait perdre. — Le Code civil est jaloux du sang français, et n'aime pas qu'il se détourne de la France.

Il s'agit donc dans cette seconde partie d'un Français défectueux ou incomplet... Né depuis la faute du père dans le pays étranger, il paraît être né étranger; mais, à cause du sang français qui coule dans ses veines, la France voit encore en lui un enfant, et lui offre la *recouvrance* de l'état civil dès qu'il sera en âge de choisir sa patrie; et c'est comme Français qu'elle le rappelle. Son père ne tenait pas des lois personnelles de France le pouvoir de donner le jour à des étrangers.

XXXIII. La première conséquence des termes du second alinéa : « Tout enfant, né en pays étranger d'un Français qui « aurait perdu la qualité de Français, » est que tous les enfants qui sont nés au père, soit en France, soit en pays étranger, antérieurement au fait caractéristique de l'abdication de sa patrie, sont pleinement Français et peuvent s'établir en France.

La seconde conséquence, que si, depuis la faute du père, il

Digitized by Google

lui naissait un enfant sur le sol français, l'état de cet enfant relativement à la France ne serait pas réglé par l'article 10 du Code civil, mais bien par l'article 9 (modifié par les lois subséquentes), comme celui de « tout enfant né en France d'un étranger... » qui a droit de *réclamer* la qualité de Français, sous condition de parvenir à sa majorité.

XXXIV. Si, comme nous croyons l'avoir prouvé sous les *chiffres* XXV *et* XXVIII, il est vrai que, dans tous les articles de ce chapitre, les termes indéfinis *Français, Étranger*, sous-entendent le féminin, — ou *Française*, — ou *Étrangère;* si nous avons dû dire (*chiffre* XXXI) que dans le premier chef de notre article 10, lorsqu'il y avait à l'égard d'un enfant né en pays étranger preuve légale de filiation légitime ou naturelle d'un père français, ou même filiation naturelle d'une mère française, quoique le père fût étranger, l'enfant était Français en France, et pouvait y rentrer sans formalité aucune : nous devons donc dire aussi fermement, sur le second chef de l'article 10, que non-seulement le fils légitime né en pays étranger d'un père français qui aurait perdu cette qualité, non-seulement son fils naturel, mais encore le fils naturel d'une fille française, né en pays étranger depuis que sa mère aurait perdu la qualité de Française d'une des manières indiquées au chapitre 2 de notre titre, aurait également le droit en France d'invoquer l'article 10, 2ᵉ alinéa, et de recouvrer la qualité de Français en remplissant les formalités déterminées par l'article 9. — Car, « né d'un Français » dans notre article signifie aussi « ou né d'une Française » dans le second comme dans le premier alinéa de l'article 10.

XXXV. Ainsi, malgré tout ce qu'ont pu dire les jurisconsultes modernes, nous pensons fermement avec M. Demolombe (*t.* Iᵉʳ, *n*° 167), contre M. Alauzet (*De la qualité de Français*, *n*° 91), que les enfants nés en pays étranger, du mariage légitime d'une Française et d'un étranger, peuvent à cause de leur mère profiter du second alinéa de l'article 10 : car, d'après la rubrique du chapitre II et l'article 19 du Code civil, leur mère a perdu par le fait du mariage la qualité d'individu français, comme elle l'aurait perdue par un établissement sans esprit de retour, comme elle l'aurait perdue par la naturalisation acquise

Digitized by Google

en pays étranger. Il n'y a aucune raison, même morale, de décider autrement; car, si l'esprit de la loi a été de ne laisser détourner aucune goutte du sang français, le sang français a, certes, été transmis par la mère à l'enfant; il y a aussi certitude morale qu'elle ne peut pas avoir passé la vie en pays étranger sans se souvenir, et de son enfance, et de sa jeunesse, et de la France, sans la regretter quelquefois, sans en entretenir ses jeunes enfants. — C'est toujours la fausse couleur des effets de la paternité sur la nationalité qui a entraîné cette doctrine particulière, contraire au sens littéral de la loi. Concluons donc que les enfants légitimes nés en pays étranger d'une mère française et d'un père étranger, ont le droit parfait de recouvrer dès leur vingt et unième année la qualité de Français en déclarant leur intention et en venant s'établir dans la première patrie de leur mère.

XXXVI. Faisons bien attention encore que dans les articles 9 et 10 les expressions : « *Individu né d'un étranger,* » — « *Enfant né d'un Français en pays étranger,* » — « *Enfant... d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français,* » — ne doivent s'entendre que des enfants du premier degré, fils ou fille, et non des dégrés ultérieurs, petits-fils ou petites-filles. Grammaticalement, parce que les mots « *né d'un* » en n'indiquant qu'un seul auteur à la naissance productive de nationalité, circonscrivent le sens au rapport immédiat de cet auteur à l'enfant[1]; juridiquement, parce qu'il ne s'agit ici que de nationalité, et non de règlement des droits de famille, et parce que c'est du moment même de la naissance que l'enfant acquiert la

[1] Nous n'avons pas la prétention de fixer invariablement le sens des mots *nés de...* : en certains cas, *nés* est distinct d'*engendrés;* dans d'autres, la distinction s'efface, *né de père et mère étrangers;* d'autres fois, *né de* est employé dans des incises collectives de plusieurs générations, comme *né de père et grand-père anglais* (D'AGUESSEAU, t. III, in-4°, p. 118), ou *né d'illustres aïeux.* Ailleurs, avec plus de sévérité, le père est même retranché du sens collectif, et le verbe *naître* appliqué à l'ascendance supérieure :

Fils d'un père greffier, né d'aïeux avocats.
(BOILEAU, *Ép.* 9.)

Nous n'avons dû déterminer le sens des mots que par la place qu'ils occupent dans les articles 8 et 10, et nous n'avions pas à faire une recherche philologique de tous les sens de ce mot.

Digitized by Google

nationalité et l'aptitude actuelle ou éventuelle de la réclamer ou de la recouvrer.

Maintenons fermement l'isolement de ce chapitre et son indépendance des autres titres du Code. Les enfants du second degré nés en pays étranger au père français (légitime ou naturel) qui aurait perdu sa qualité de Français avant la naissance de l'enfant du premier degré né à l'étranger; les enfants du second degré nés en pays étranger à la mère naturelle française, qui aurait perdu la qualité de Française avant la naissance en pays étranger de son enfant du premier degré; les enfants du second degré nés en pays étranger à la femme française ayant épousé un étranger, issus de son fils né aussi en pays étranger après la perte par sa mère de la qualité de Française en conséquence de son mariage, SONT TOUS privés du droit de *recouvrance* de la qualité de Français, uniquement accordée à la première génération du Français (ou de la Française) qui a perdu sa qualité par son fait personnel. — On n'est point ici au titre *des Successions*. Il n'y a point *de représentation* pour acquérir la nationalité comme il y en a une pour acquérir l'hérédité : car les articles 9 et 10 sont tellement de droit étroit, que les enfants appelés à réclamer ou à recouvrer la qualité de Français, deviennent *citoyens français* et exercent les droits politiques dès qu'ils offrent individuellement les conditions requises. Donc, l'interprétation de la loi doit être restrictive, car *la loi civile est insuffisante* A ÉLARGIR la constitution; donc, les petits-enfants de Français déchus de leur qualité ne peuvent devenir Français que par la naturalisation. Donc, faute de naturalisation, les petits-enfants demeurent étrangers, — à moins qu'ils ne soient nés en France, auquel cas ils rentrent dans la classe des Français incomplets, mais commencés, de l'article 9.

XXXVII. Par la même raison de concordance avec la Constitution de l'an VIII, qui n'appelait au rang de citoyens que les hommes NÉS et résidant en France et les étrangers naturalisés, il faut nécessairement et dans tous les cas en conclure que par les mots *nés de*..... dans les articles 9 et 10, le législateur n'a voulu tenir compte que du fait de la naissance et non de la date de la conception.

Nous avions été moins absolu dans notre première édition

Digitized by Google

en admettant avec MM. Delvincourt (*t. I, note* 8, *sur la p.* 15) et Duranton (*t. I, n°* 138) une exception en faveur de l'enfant conçu en France, mais né en pays étranger d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français avant la naissance de son fils, par exemple par la naturalisation acquise en pays étranger. Cette déviation a depuis été reproduite par M. Marcadé (3e *édition, p.* 95) et même par le *Répertoire* de MM. Dalloz et par M. Demolombe. Le nombre et le mérite de ceux qui, depuis nous, ont adopté notre erreur partielle nous imposent encore plus sévèrement le devoir de la rétracter.

Nous fondons surtout notre rétractation sur ce que nos articles 8, 9 et 10 sont, l'un, le point de jonction, et les deux autres, les points de dérivation du droit public et de la Constitution de l'an VIII avec le droit civil des Français, et qu'en conséquence de la suprématie du droit public sur le droit civil, nos articles 8, 9 et 10 doivent nécessairement s'interpréter *strictiori jure* conformément à leurs textes et à la Constitution alors régnante.

C'est donc à tort que nous avons dit (*ancienne édition, p.* 25) que « *les enfants conçus sont capables d'acquérir la jouissance des droits civils,* » en nous fondant sur les articles 725 et 906. Nous avons alors conclu du particulier au général, et abusé du brocard « *infans conceptus pro nato habetur* QUOTIES *de commodis ejus agitur,* » tiré des lois, *Qui in utero est,* 7 et 26 au Digeste. C'était aller trop loin. On en avait fait autrefois une maxime générale et sans exception, QUOTIES ! Les rédacteurs du Code s'en sont emparés ; mais ils ont fixé les cas dans lesquels on appliquerait la maxime ; ils l'ont appliquée par les articles 725 et 906 en ce sens que l'enfant conçu serait capable *d'acquérir* la propriété des biens par succession, par donation entre-vifs et par testament; mais en tirant de la règle, les deux textes spéciaux ci-dessus cités, ont-ils laissé la maxime dans cet état vague de *maxime générale* dont nous avons parlé sous le *chiffre* XV ? N'en ont-ils pas limité l'effet? n'est-elle pas transformée en deux articles spéciaux du Code sur le mode d'acquérir la propriété matérielle et pécuniaire? Ces deux articles peuvent-ils encore s'appliquer à l'acquisition de la nationalité, que les textes des art. 9 et 10 fixent à un moment unique, celui de la naissance de l'enfant? C'est bien là la question.

Digitized by Google

Non, selon nous.—Dès que la France veut fixer par une loi générale quelles personnes issues de Français naîtront personnes françaises en pays étranger ou personnes capables de recouvrer en France la qualité de Français que leurs parents leur auraient fait perdre, il est du devoir du législateur français de s'exprimer en termes clairs et précis. Dans une loi dont le législateur se prévaudra à l'égard d'individus qu'une autre nation pourrait regarder elle-même comme naturels, il est du devoir du législateur d'exprimer, sans équivoque possible, ce qu'il retient sur la famille du Français voyageur ou résidant dans un autre pays. Une loi de ce genre doit avoir toute la clarté d'un traité. Par conséquent, puisque l'enfant conçu en France n'a reçu la naissance qu'en pays étranger et seulement après que son père a eu consommé son abdication, il est né en pays étranger d'un Français qui avait alors perdu la qualité de Français; son état est réglé par la deuxième partie de l'article 10, et il ne peut rentrer en France que comme fils d'un Français déchu qui exerce la recouvrance en remplissant les formalités exigées par l'article 9, même sans avoir recours à la naturalisation; mais si l'enfant conçu de lui en France était né en pays étranger avant la défection de son père, il serait pleinement Français.

XXXVIII. C'est presque toujours de la confusion de lois qui ont un objet différent (*V. notre chiffre* XVII), que naissent les graves difficultés. M. Delvincourt (*t. I, note 4, sur la p.* 15) à propos de notre article 10, 2e alinéa, a dit, *l'enfant né*, c'est-à-dire conçu... et il a invoqué l'art. 312 au *titre de la Paternité* pour justifier son interprétation !..... Mais dans l'article 10, il ne s'agit pas de prouver la paternité ; on la suppose constante; et la difficulté est si peu réelle, que M. Delvincourt n'a jamais songé à l'appliquer à l'article 9, tout individu né en France d'un étranger..... » Né de est donc pris au propre dans les deux articles.

Ensuite M. Marcadé (dans sa *p.* 95, t. Ier, 3e édition, où il a poussé l'outrecuidance jusqu'à refaire à sa guise le texte de la loi) en dit assez pour qu'on s'aperçoive qu'il a puisé ses idées dans le *principium* du titre IV du livre 1er des Institutes de Justinien. Là, le législateur nous enseigne que si l'esclave mère était libre au temps de la conception, si elle ne l'était

Digitized by Google

qu'au temps de l'accouchement, ou si elle ne l'avait été qu'un moment unique pendant la gestation, l'enfant naissait libre et citoyen romain; mais, il ne s'agit point pour nous de *liberté* ni *d'esclavage*, il s'agit de *nationalité* et de nationalité en France! Des arguments puisés dans des textes abrogés sur des matières si différentes ne prouvent rien, et ne méritent pas d'être réfutés.

L'erreur de M. Marcadé a donc consisté aussi à marier ensemble des lois (ou décisions) faites pour des objets différents; les décisions relatives à l'affranchissement et à la liberté, avec les règles du droit de cité dans l'empire romain, où l'on ne connaissait pas ce qu'était la naturalisation en pays étranger.

Enfin MM. Dalloz (dans leur nouveau recueil alphabétique, t. XVIII, p. 45, mot *Droits civils*) et M. Demolombe, dans son Ier vol., 2e édition, p. 170, procèdent de la même manière. Ils veulent à l'égard de l'enfant conçu assimiler la *nationalité* acquise au père chez l'étranger à la dérogeance ou à la dégradation de noblesse, comme si c'était chose semblable!—Or Pothier, dans son *Traité des personnes*, titre Ier « *Division des personnes en ecclésiastiques, en nobles, gens du tiers état, et serfs*, section 2, *De la noblesse et de ses priviléges; comment elle se perd*, etc., a dit effectivement, p. 331 de l'édition in-12 de 1778, que « si un noble faisait acte de dérogeance ou mé« ritait autrement la perte de noblesse, ses enfants nés ou « *même ses enfants conçus*, avant que leur père eût perdu la « noblesse, la conserveraient parce qu'il la leur avait trans« mise par le sang; mais que tous les enfants qui n'étaient « alors ni nés ni conçus naîtraient roturiers. » — Et de là les jurisconsultes tirent, par analogie, la conséquence que sur notre question spéciale, Pothier aurait répondu : « Si l'enfant « était déjà conçu au moment où ses père et mère, Français « et légitimement mariés, se sont fait naturaliser en pays « étranger, l'enfant naîtrait Français. »

Mais Pothier ne pouvait avoir cette espèce en vue; car, dans ce titre Ier, l'objet que l'auteur examine se borne aux différences existantes en France entre les trois ordres de citoyens et aux particularités du droit sur chacun de ces ordres : ce qui n'appartient en rien à la question spéciale à laquelle on le fait implicitement répondre.

La question dépendait du tit. II, *Seconde division des personnes*

Digitized by Google

en Regnicoles et Aubains. — Qu'on lise avec soin la section 1re, *Quelles personnes sont Citoyens ou Regnicoles? Quelles personnes sont Étrangers ou Aubains?* p. 339 à 344, et la section 4e, *Comment les Français perdent les droits de Regnicoles*, p. 371 à 374 (8 pages in-12 en tout; ce n'est pas long), et le lecteur verra par lui-même que c'est toujours du fait de la *naissance* que Pothier et les anciens faisaient dépendre la qualité de Français, sans s'occuper en rien du lieu de la conception. On y verra que tous les enfants nés d'un Français expatrié sans esprit de retour lui succédaient en France, soit qu'il fussent nés en France, soit qu'ils fussent nés en pays étranger, pourvu qu'ils rentrassent de bonne foi en France.

Nous pensons qu'il n'y avait pas de question possible du temps de Pothier; il est certain pour nous que l'enfant conçu en France d'un père qui n'avait perdu la qualité de Français que *depuis* la conception, mais *avant* la naissance de son fils survenue en pays étranger, naissait fils d'un Français ayant abdiqué sa patrie; il est également certain que, si cet enfant *rentrait en France*, il partageait avec les enfants restés en France et avec les autres enfants conçus et nés à l'étranger depuis la défection paternelle, mais rentrant en France comme lui, les biens de la succession de son père ou des parents de son père. Et pourquoi? Par la raison qu'en rentrant en France et y fixant son domicile, il était de même condition que ses frères nés longtemps après l'abdication de leur père, et parce qu'il n'y avait pas lieu au droit d'aubaine ni à déchéance de la qualité de Français contre aucun des enfants de l'abdiquant s'ils rentraient dans leur pays d'origine. Si cela est simple et vrai, et si cela résulte du titre II de Pothier, on ne doit donc pas invoquer l'autorité de Pothier en son titre Ier, étranger à la question et au sujet.

Nous n'admettrions pas non plus comme argument la citation d'un arrêt de Caen *du 3 février* 1813, aff. Gresson *C.* Caroline M..., jugeant que la fille d'un émigré amnistié, conçue deux mois avant l'émigration de son père et née en Hollande, était fille légitime de son père et par conséquent Française, n'ayant pu, à cause de son âge, participer à l'émigration. C'est un très-bon arrêt. Mais que de raisons de l'écarter de la discussion! 1° la conception de l'enfant remontait à avril 1792, et notre article 10 promulgué en 1803 ne pouvait régir l'état de l'en-

Digitized by Google

fant; 2° en 1792, la règle *infans conceptus* s'appliquait à tous les cas d'utilité pour l'enfant, QUOTIES (*V. chiffre* XXXVII), et nous la croyons renfermée aujourd'hui dans des textes spéciaux; 3° notre article 10 n'a même pas été écrit pour les enfants d'émigré (*chiffre* XI), et 4° la vraie question du procès était de savoir si l'enfant était en France fille légitime d'un Français encore *integri statûs*, ou fille bâtarde d'un mort civilement. Or, cette question de légitimité se déciderait encore aujourd'hui en faveur de l'enfant d'après l'article 725, § 2°, du Code Napoléon et surtout de l'article 312 du même Code au titre *de la Paternité*, comme elle a dû se décider alors par la règle, *Pater is est...* Cet arrêt nous paraît donc inapplicable à la question qui nous occupe, et qui se réduit à ceci : maintenant que nous avons des textes écrits sur la nationalité, nous est-il permis, quand il ne s'agit *que de nationalité* de sortir des termes précis d'une loi de droit public? Nous croyons devoir répondre négativement.

XXXIX. Passons maintenant aux moyens indiqués par la loi pour donner à l'enfant né, en pays étranger, d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français, la faculté de recouvrer la qualité de Français.

Il *pourra toujours* la recouvrer, à partir de sa majorité accomplie, pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclarât que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et l'y établisse effectivement dans l'année à compter de l'acte de soumission (*article* 10 *combiné avec l'art.* 9).

Nous expliquons cet article 10 avant l'article 9, parce que les conditions qui sont écrites en l'article 9 avaient été d'abord imposées à l'article 3 du projet, correspondant à l'article 10 du Code, et par conséquent ce qui a été dit sur ce point au Conseil dans la discussion se rapportait à l'article 10.

XL. *Il pourra toujours...* La France a, dans tous les temps, aimé voir revenir à elle les enfants des Français expatriés (*V. chiffres* XXIII et XXIV); mais elle tient à ce que le retour soit volontaire. Elle sait que des affaires de négoce et de famille, et même des devoirs, peuvent retenir longtemps, dans le pays

Digitized by Google

où il est né, l'enfant qui vit auprès de son père expatrié. Elle n'a donc pas imposé de terme à sa rentrée en France. — A quelque époque de sa vie qu'il choisira, il aura *toujours* la faculté d'exercer ce droit de recouvrance.

Mais ces mots « il pourra *toujours* recouvrer la qualité de Français » l'avertissent que dans le temps intermédiaire, il ne jouit d'aucun droit civil en France que de ceux dont y peuvent jouir les habitants du pays dont il fait partie; que s'il vient en France, il n'y sera reçu que comme tout étranger; et que s'il meurt sans avoir rempli les formalités requises, il mourra étranger, sans que ses enfants nés en pays étranger puissent se prévaloir d'un droit que la loi attache à sa personne; ils demeureront étrangers à la France, et, s'ils veulent devenir Français, seront tenus de recourir à la naturalisation.

XLI. *A partir de sa majorité.* — De quelle majorité la loi a-t-elle entendu parler? Est-ce de la majorité suivant la loi étrangère? est-ce de la majorité suivant la loi française?

Il a toujours été évident pour nous qu'il ne s'est agi ici que de la majorité française, c'est-à-dire de vingt et un ans accomplis. — Nous n'avons pas ici à examiner dans quelles vues la majorité des Français a été reportée, par le décret du 20 septembre 1792, de l'accomplissement de la vingt-cinquième année, qui était alors le droit commun de l'Europe conformément au droit romain, à l'accomplissement de la vingt et unième. Depuis lors, toutes les fois que les lois ont parlé de la majorité, non-seulement des Français, mais des étrangers eux-mêmes, dans leurs rapports avec la France, elles ont textuellement fixé la majorité à vingt et un ans. Ainsi les Constitutions de 1793, art. 4; de l'an III, art. 10; de l'an VIII, art. 3, ont fixé à vingt et un ans l'âge auquel l'étranger pouvait s'établir en France, et par conséquent y traiter, soit avec l'État, soit avec des Français, soit avec d'autres étrangers. Depuis, le Code civil lui-même a fixé, par ses articles 388 et 488, l'âge de vingt et un ans comme limite séparative de la minorité et de la majorité de *tout individu* de l'un ou de l'autre sexe, et semble avoir voulu éviter de dire « *de tout Français,* » comme pour rattacher le Code aux Constitutions. La concordance suivie des textes législatifs nous a toujours paru suffisante pour repousser l'opinion contraire. C'est d'ailleurs comme *Français* déchu

Digitized by Google

par le fait d'autrui que l'enfant est appelé à recouvrance; il a donc le droit d'agir dès le premier instant de la majorité française. — V. *Nationalité des enfants*, *p.* 17.

Il ne pourrait faire cette déclaration valablement avant l'âge de vingt et un ans, même si la majorité était acquise plus tôt dans la patrie de ses parents, quoi qu'en ait dit Delaporte (*Pandectes françaises*, n° 58, sur l'art. 9), parce qu'une manifestation de la volonté de recouvrer le titre de Français ne peut être faite avec connaissance de cause pour la France qu'à l'âge où la loi française reconnaît la plénitude de la raison.

XLII. Le droit de recouvrance est un droit personnel à l'enfant né en pays étranger d'un Français déchu; pourquoi? Parce que la loi a voulu qu'aucun des Français incomplets n'acquît définitivement la qualité de Français que par un acte public constatant sa volonté de faire partie de la nation.

Et de là il faut certainement conclure que la déclaration d'intention ne doit émaner que de la personne même à qui elle doit profiter, et ne peut être faite ni par les père ou mère ni par un tuteur ou curateur, nonobstant M. Guichard (*Droits civils*, n° 70) et quelques auteurs. — On ne peut même admettre que le tuteur d'un interdit ni qu'un conseil de famille aient caractère pour déterminer à quelle patrie appartiendra son pupille.

XLIII. La déclaration d'intention de recouvrance est par elle-même et par son objet un véritable acte de l'état civil. En conséquence, si l'enfant né hors France du Français déchu réside en France, c'est à l'officier de l'état civil de la commune de sa résidence actuelle qu'il doit faire sa déclaration d'intention de recouvrer les droits de Français, et fixer le lieu où il veut établir son domicile en France. Il fera cette déclaration en personne, assisté de témoins ayant les qualités requises par l'article 37 du Code civil, et l'officier portera cette déclaration sur le registre des naissances (à moins qu'il n'y ait dans la commune un registre spécial destiné à cet usage).

Mais si celui qui veut recouvrer sa qualité de Français réside en pays étranger, la déclaration d'intention sera régulièrement reçue dans la forme des actes de l'état civil, par les agents diplomatiques ou par les consuls, conformément à l'article 48

Digitized by Google

du Code civil, à la charge pourtant par le déclarant de faire sa soumission de fixer en France son domicile et de l'y établir dans l'année à partir de l'acte de soumission

XLIV. Cependant ne prenons pas ici les termes de la loi dans un sens trop rigoureux. Ce serait sans doute en blesser l'esprit.

En effet, n'oublions pas que lors de la rédaction de la loi les rédacteurs n'ont même pas déterminé quelle serait l'autorité qui recevrait la déclaration d'intention (*V. les chiffres* IV *et* V). La seule chose certaine, c'est qu'il faut qu'elle soit faite par acte public, car il est évident que la publicité et sa certitude sont conditions essentielles de l'état des hommes, et comme le texte du Code n'a pas dit textuellement que l'acte serait reçu par l'officier de l'état civil, on ne peut regarder comme absolument nulle, soit en France, soit à l'étranger, une déclaration faite devant un officier public tel qu'un notaire, tel qu'un juge donnant acte de la déclaration : l'essentiel est que la déclaration parvienne en France à temps utile et que le déclarant y établisse en effet son domicile et agisse comme Français. Le vague de la loi doit être interprété en faveur de la partie.

D'après ce que nous avons dit de la nature de ces déclarations, on voit qu'il ne faut pas les confondre avec la déclaration du changement de domicile dont il s'agit aux articles 102 à 105 du Code civil au titre *du Domicile*, tant à la municipalité du lieu qu'on quittera qu'à celle du lieu où le nouveau domicile sera transféré ; car ce n'est point là un acte de l'officier de l'état civil, relevant du ministère de la justice et soumis aux vérifications (C. N., art. 53) du procureur impérial près chaque tribunal de première instance ; ce sont des actes municipaux dans les attributions du ministère de l'intérieur ; ils n'en sont pourtant pas moins *actes publics* faisant foi de leur date et de leur contenu. Donc, il serait injuste de priver de son état civil le Français complété, à cause de la substitution d'un registre à un autre faite par le maire ou par un employé peu éclairé. L'essentiel est que l'acte public existe et que la partie soit restée en France sans l'avoir abandonnée depuis.

XLV. Les mots « *pourvu que* » de l'article 9 auquel renvoie l'article 10, semblent combattre l'indulgence de notre opinion ;

Digitized by Google

mais qu'on ne s'y trompe pas! Quand cette conjonction « *pourvu que...* » se trouve devant une suite de conditions diverses, dont quelques-unes n'auront pas le même caractère essentiel que certaines autres, il est permis au juge de ne point annuler le fait essentiel par quelques irrégularités de simple formalité prévues par le même texte. Nous en avons la preuve convaincante dans l'article 170 du Code Napoléon au titre *du Mariage*, qui porte que « le mariage contracté en pays étranger entre « Français ou entre Français et étrangers, sera valable s'il a « été contracté dans les formes usitées dans le pays, *pourvu* « *qu'il ait été* précédé des publications prescrites par l'arti- « cle 63 au titre *des Actes de l'état civil*, et que le Français « n'ait pas contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier « du titre *du Mariage* » (c'est-à-dire aux dispositions des articles 144 à 165). Sous l'influence de cet article, le mariage en pays étranger n'est jamais annulé pour absence de publications en France, tant que cette absence n'a pas été accompagnée de la violation d'une autre règle essentielle à la validité du mariage. — De même ici. — Tant qu'il y a eu bonne foi de la partie, les irrégularités de la procédure administrative que le Code civil a si vaguement tracée, en s'en fiant aux règlements qui seraient faits plus tard, ne seront pas seules suffisantes pour priver à l'avenir de son état civil le Français incomplet, qui sera rentré en France, qui s'y sera domicilié, qui sera demeuré fidèle à son pays, sans l'abandonner comme l'avait fait son auteur, et qui sera par conséquent en possession de son état, parce que son rétablissement en France et son exercice personnel en France de la qualité de Français formant le point essentiel de la recouvrance, elle ne doit plus être troublée pour de simples irrégularités dans les moyens préparatoires, quand l'essentiel a été observé et la possession d'état acquise. Or l'essentiel, dans les préliminaires, qu'est-ce donc? Rien autre chose que la déclaration d'intention, la soumission de fixer le domicile du recouvrant en France et l'établissement réel en France, dans l'année, de la fixation de ce domicile, avec continuité dès qu'il y est fixé. — Les irrégularités dans les actes préliminaires ne doivent plus être critiquées quand une fois le but est atteint et suivi de bonne foi.

XLVI. Cependant il est un cas qui peut faire difficulté.

Digitized by Google

Le Français incomplet de l'article 10, qui, né en pays étranger, d'un Français ayant perdu cette qualité, renonce pourtant à la nouvelle patrie de son père et a fait sa soumission d'établir son domicile en France pour recouvrer sa qualité de Français, peut-il, d'après cet article 10 combiné avec l'article 9, attendre plus d'un an pour établir son domicile en France?

Les avis étaient divisés. Généralement on disait, oui (nous l'avons dit nous-même autrefois, n° 13, *sur les art.* 9 *et* 10, parce que le mot « *toujours* » ne prescrivait pas de terme fatal). La décision était trop absolue; elle doit se diviser. Oui, la déclaration d'intention est valable, quelque tard qu'elle se fasse, pourvu que le déclarant vive assez longtemps pour l'exécuter, car, s'il ne l'exécute pas, il meurt étranger, faute d'accomplissement des conditions de recouvrance.—Non, si après l'année de la déclaration d'intention, il diffère d'établir son domicile en France, car l'article 9 en faisait une condition; il y avait promesse envers l'État; y manquer serait se jouer de l'honneur de redevenir Français. Si les circonstances en avaient empêché l'exécution, rien n'était plus simple que de s'adresser au gouvernement, de lui exposer les faits, et de solliciter la naturalisation, avec abréviation du stage politique, et même sans stage. Les faveurs de la loi ne doivent pas être traitées comme chose légère.

Une déviation conduit toujours à une autre. Ainsi M. Guichard (*Droits civils,* n° 69 et 70), en jouant sur le mot « toujours » a soutenu que ce mot, dans l'article 10, permettait à l'enfant mineur de requérir la recouvrance par tuteur, par conséquent, l'insensé ou le mineur émancipé par tuteur ou curateur; d'autres voulaient que les écoles spéciales du gouvernement leur fussent ouvertes. Ces conséquences prouvent que nous avons eu tort autrefois, et qu'il est de notre devoir de dire aujourd'hui : Oui, le Français de l'article 10 est libre de retarder sa déclaration d'intention; Non, la déclaration d'intention une fois faite, il ne peut en retarder l'exécution au delà du terme fixé par la deuxième partie de l'article 9. Le seul fait du retard empêche la condition de s'accomplir, et, si l'on suppose le retard forcé par un événement, le pouvoir aux mains duquel est confié le droit de naturalisation a seul capacité d'en relever.

Digitized by Google

Nous aurons à voir plus tard si les changements qu'a subis l'article 9 par les lois nouvelles doivent influer sur cette solution.

XLVII. Examinons l'article 9. C'est un article acéphale; il naît du principe, « *tout individu né en France est Français,* » écrit dans le projet, supprimé dans la loi : c'est par une conséquence expresse d'un principe tacite, que « Tout individu né en France d'un étranger pourra réclamer la qualité de Français. — « *Tout individu* » sans distinction d'âge, de sexe, de condition, d'origine, de légitimité ou de bâtardise. — « *Né en France* » même quand ses parents ne feraient qu'y arriver. L'époque de la conception est indifférente au droit qui lui est accordé, comme il a été dit sur l'article 10, § 2 (*V. chiffres* XXXVII et XXXVIII); « *Né en France d'un étranger,* » c'est-à-dire, d'un étranger marié ou non marié, de deux époux étrangers, ou d'une étrangère non mariée (*V. chiffre* XXVII) — « *pourra* » aura la faculté de réclamer la qualité de Français, comme un droit de sa naissance, malgré l'extranéité de son origine; mais sa réclamation est nécessaire, parce que, dès que l'origine n'était pas française comme la naissance, la France voulait un choix entre les deux patries. (*V. sur l'article* 10, *le chiffre* XL.) — *Dans l'année qui suivra sa majorité.* » Dans sa vingt-deuxième année, dans l'année qui suivra sa majorité suivant la loi française (*V. le chiffre* XLI). — « *Réclamer,* » et non pas *recouvrer* comme dans l'article 10. C'était là la grande différence entre l'enfant de l'étranger né en France et l'enfant né en pays étranger d'un Français qui avait perdu cette qualité : l'un réclamait; l'autre recouvrait; chacun d'eux était plus favorisé que l'autre : le premier était même puni de son retard, puisque s'il mourait avant vingt et un ans, ou s'il ne faisait pas dans sa vingt-deuxième année sa déclaration d'intention, il n'avait jamais été Français; mais, les conditions accomplies, il était pleinement Français, même avec effet rétroactif au jour de sa naissance (*V.* 1re *édition, n°* 15, *p.* 26), tandis que l'autre à qui la France promettait d'attendre *toujours* n'avait aucun droit avant son complet établissement. Nous renverrons ici *à notre* 1re *édition, lieu cité.*

XLVIII. Outre la condition à lui imposée de vivre jusqu'à

Digitized by Google

vingt et un ans pour être incommutablement Français, l'enfant né en France d'un étranger était tenu, par l'article 9, de remplir, tantôt une, tantôt deux formalités : 1° S'il résidait en France lors de sa vingt et unième année, il était tenu seulement de déclarer que son intention était d'y fixer son domicile, 2° et au cas où il résiderait à l'étranger, de faire sa soumission de fixer en France son domicile et de l'y établir dans l'année à compter de l'acte de soumission. — Ceci est applicable à l'enfant né en France d'un étranger, selon qu'il se trouvera encore en France pendant l'année entière de sa majorité, ou qu'il sera alors en pays étranger.

Les lecteurs sentent bien que nous ne voulons pas, à l'égard de l'article 9, répéter ce que nous avons déjà dit à propos de l'article 10, sous les chiffres XLI, XLII, XLIII, XLIV, XLV et XLVI. Ils sauront bien eux-mêmes en faire l'application.

Notre intention en reprenant ainsi l'article 9 est peut-être ambitieuse : elle tend à déraciner une erreur qui, selon nous, a tout gâté et a retardé l'intelligence de la loi : à savoir, que l'enfant de père et mère étrangers non domiciliés en France ne peut être Français, même s'il passe sa minorité en France.

XLIX. Cette erreur a été conçue par un de nos plus célèbres professeurs, le savant auteur du *Traité de l'usufruit* et des *Droits d'usage*, M. Proudhon : elle a pénétré dans la science et a séduit les esprits les plus élevés.

Dans le chapitre VIII de son *Cours de droit français*, sur l'état des personnes, t. Ier, p. 63 à 65 de l'édition de 1810, et par conséquent dans un temps où les registres civiques existaient encore, ce jurisconsulte après avoir donné cette définition du citoyen français : « Celui-là est citoyen français qui, NÉ DE PÈRE « ET DE MÈRE DOMICILIÉS EN FRANCE, est âgé de vingt et un ans « accomplis, s'est fait inscrire sur le registre civique de son « arrondissement communal, et qui postérieurement à cette « inscription réside depuis un an sur le territoire de l'empire, » prétend la justifier par le rapprochement de la Constitution et du Code Napoléon.—(Le lecteur doit avoir remarqué dans la définition l'addition, au texte constitutionnel, des mots « *de père et de mère domiciliés* »).

Il cite ensuite le texte de l'article 2 de l'acte constitutionnel

Digitized by Google

et le texte de l'article 9 du Code, où il n'est parlé nulle part de domicile, si ce n'est de celui à établir par le déclarant.

Puis il ajoute : « Supposons qu'un étranger existant temporairement en France y ait un enfant ; qu'il l'y laisse pour lui donner une éducation française ; que celui-ci parvenu à sa majorité et même à un âge plus avancé, sans être sorti de France, se soit fait inscrire à une époque quelconque sur le registre de l'arrondissement communal, sans avoir fait aucune autre déclaration ni soumission : il sera *majeur*, *né* et *résidant en France*, et *inscrit* sur le registre civique : sera-t-il citoyen de plein droit, d'après l'acte constitutionnel, tandis que l'article 9 du Code ne lui accorderait pas même la qualité de Français, comme n'ayant pas fait, dans le délai prescrit, les déclaration et soumission qu'il exige ? »

« Il est évident que, pour être citoyen, il faut d'abord être Français, parce qu'on ne peut être le plus sans être le moins ; et comme *le Code est le meilleur interprète de la Constitution*, on doit conclure de la manière dont il dispose que ces expressions de l'acte constitutionnel, *né et résidant en France*, ne s'entendent point d'une simple résidence de fait, mais d'un véritable domicile natal ; d'où il résulte que, pour être citoyen français par droit de naissance, il faut être né de parents domiciliés en France. »

L. Nous regardons le système de M. Proudhon comme complétement erroné.

1° Que dire de cette maxime générale : « *Le Code civil est le meilleur interprète de la Constitution de l'an VIII?* »

Elle est fausse en elle-même. L'acte constitutionnel est la base du droit public, des pouvoirs du gouvernement, de l'existence des grands corps politiques, qui l'entourent pour l'éclairer, de toutes les institutions nécessaires à la marche de la société, et même de la part d'influence que les citoyens peuvent avoir sur le sort de l'État par l'effet des droits politiques qui leur sont attribués et de l'exercice des devoirs publics qu'ils ont à remplir. — Un Code civil n'est cependant qu'une réunion de lois pour régler, principalement entre les Français, les intérêts privés, par une série de règles obligatoires dans leurs relations individuelles de famille ou d'affaires soit entre eux, soit avec des étrangers. Comment cette opposition tranchée

Digitized by Google

entre le droit politique et le droit civil, entre le droit public et le droit privé, n'a-t-elle pas eu la puissance d'arrêter M. Proudhon quand il a écrit sa maxime?

Il n'y a donc pas, comme il le voulait, à interpréter par des textes de lois civiles, susceptibles à leur tour d'être modifiés, changés ou abrogés par d'autres lois civiles, un article de l'acte constitutionnel, immuable de sa nature et auquel rien ne pouvait être changé que par la mise en action du pouvoir constituant, comme on l'a vu pour le consulat à vie et pour l'Empire; ou par les moyens institués dans la Constitution même, tels que les sénatus-consultes, ou enfin par les effets devenus stables, réguliers et acceptés d'événements intérieurs ou extérieurs, de guerres ou de révolutions.

Donc, il faut interpréter séparément, chacune en droit soi, deux lois d'ordres aussi différents que l'article 2 de la Constitution de l'an VIII et l'article 9 du Code civil.

2° L'article 2 de la Constitution de l'an VIII est clair. Il élève à la condition *de citoyen français*, et, par sa puissance constituante, déclare *Français par naissance*, tant au temps de l'acceptation de la Constitution qu'à l'avenir, « tout homme né et résidant en France, » sans distinguer s'il est né d'un Français ou d'un étranger, sans distinguer s'il a une simple résidence habituelle ou le domicile absolu.

Voilà pour la première partie de l'article, tirée entièrement de l'article 8 de la Constitution de l'an III.

Quant à la seconde partie, elle détermine ce qui du Français fera un citoyen. Ce sera l'inscription que le Français résidant en France depuis un an après sa vingt et unième année accomplie fera faire au registre civique du canton de sa résidence. En l'an III et en l'an VIII, les rédacteurs des deux Constitutions ont senti qu'il fallait au moins laisser individuellement aux Français d'opinions contraires au gouvernement la liberté de n'être point tenus de s'en occuper et de ne réclamer aucun droit politique, sans qu'ils perdissent par cette abstention volontaire la qualité de Français.

Tel est le sens et l'esprit de ces deux Constitutions.

3° Or, la Constitution consulaire restreignait les Constitutions précédentes, surtout en admettant plus difficilement la naturalisation des étrangers. — Il restait donc aux lois civiles à tracer la démarcation entre les Français et les étrangers.

Digitized by Google

C'est ce qu'a fait le Code civil par les articles 8, 9 et 10; et comme il résulte bien de l'article 9 une opposition entre les mots « *dans le cas où il résiderait en France,* » et les mots « *l'intention d'y fixer son domicile,* » il est clair que *résider* est la simple résidence de fait pendant l'année de la majorité, et la fixation *du domicile* la simple déclaration d'intention, telle que nous en avons parlé ci-dessus.

4° Toute la question se réduit donc à ceci : l'enfant né en France de parents étrangers, laissé par eux en France pour son éducation, y résidant *de fait* pendant sa vingt et unième année, avait-il suffisamment *déclaré son intention* de profiter du droit de réclamer la qualité de Français que lui conférait l'article 9 si, dans sa vingt-deuxième année, il s'était fait inscrire au registre du canton de sa résidence?

Nous ne pouvons comprendre que M. Proudhon en ait pu douter, malgré sa phrase sophistique, « *on ne peut être le plus sans être le moins; donc, on ne peut être citoyen français, si l'on n'est Français d'abord.* » — Ce prétendu principe est faux, puisqu'on peut être élevé à la qualité de citoyen par la naturalisation, et que jusqu'à l'impétration on est demeuré étranger... Que fait l'enfant né, élevé en France, qui y a résidé pendant l'année de sa majorité et qui réclame *en personne*, le deuxième jour de sa vingt-deuxième année, l'inscription au registre civique de son canton? Est-ce qu'en réclamant la qualité de *citoyen français*, il ne réclamait pas en même temps la qualité de *Français?* Est-ce que la demande d'un tout complexe ne comprend pas chaque partie du tout? Est-ce que la demande du plus (pour imiter M. Proudhon) ne contient pas la demande du moins, surtout quand le moins en fait la substance et s'en trouve partie intégrante et nécessaire?

5° Une procédure est ordonnée, nous dit-on. Où est-elle? Une procédure est ordonnée, c'est vrai; il faut une déclaration d'intention. Dans quelle forme? — Le Conseil d'État n'a pas cru devoir la régler. (V. *chiffres* IV et V.) Si la forme de la procédure n'était pas réglée, chacun était alors libre de faire *tel acte public* qui constatât son intention. Or, si nous venons d'établir que le fait de se faire inscrire au registre civique réclame au profit du déclarant la qualité de Français et proclame authentiquement son intention d'opter pour la France, que peut-on demander de plus à celui qui est en possession

Digitized by Google

de son état de Français par la majorité française accomplie? D'ailleurs, si la section du Conseil n'a pas voulu insérer l'amendement Tronchet comme trop vague, qui osera affirmer qu'elle n'ait pas vu une formalité équivalente à l'article proposé dans la faculté pour le réclamant de requérir l'inscription au registre civique, qui était toujours ouvert, pour recevoir les déclarations individuelles?

6° Il n'y a même pas nécessité de déclaration d'intention, quand l'enfant est en France pendant l'année de sa majorité. Il n'a qu'à se fixer en France et y établir son domicile. Or, son domicile civil s'établit par le fait et l'intention même sans déclaration aux mairies (Code civ., art. 105), et son domicile politique est celui de sa demeure réelle, s'il n'y a rien de contraire dans l'inscription au registre civique.

7° Car il ne faut pas s'imaginer que le registre civique tenu au chef-lieu de canton se faisait au hasard! — L'impétrant y venait ou devait y venir avec les preuves de son identité, et s'il changeait son domicile politique, il était tenu d'exhiber un certificat du maire de la commune où il ne voulait ou ne pouvait exercer ses droits politiques. C'est ce que le lecteur peut vérifier dans le titre Ier du décret impérial du 17 janvier 1806 et dans les modèles annexés audit décret. — C'est cependant sous l'empire de ce décret qu'a été imprimée l'édition du Cours de M. Proudhon en 1810, quand les Constitutions du 22 frimaire an VIII et les sénatus-consultes de l'an X et de l'an XII étaient en pleine vigueur!

LI. Au surplus, le droit a changé depuis en partie sur l'article 9. Il n'a en rien changé sur l'article 10.

Le 22 mars 1849, l'Assemblée nationale a rendu une loi ainsi conçue, qui modifie singulièrement l'art. 9 du Code civil :

Article unique. « L'individu né en France d'un étranger « sera admis, même après l'année qui suivra l'époque de sa « majorité, à faire la déclaration prescrite par l'article 9 du « Code civil, s'il se trouve dans l'une des deux conditions « suivantes :

« 1° S'il sert ou s'il a servi dans les armées françaises de « terre ou de mer ;

« 2° S'il a satisfait à la loi du recrutement, sans exciper de « son extranéité. »

Digitized by Google

Cette loi donne lieu à plusieurs observations :

1° C'est une loi *civile* quant à sa place et au rang qu'on lui fait occuper dans le Code civil : mais, au fond, c'est une loi *politique*. « Le but que s'est proposé le projet (a dit M. Huot, « rapporteur du comité de législation) a été d'appeler *à la vie* « *politique* un certain nombre assez considérable d'individus, « surtout des départements frontières, qui, nés en France « d'étrangers, ont omis ou *omettraient dans l'avenir* de récla- « mer la qualité de Français dans l'année qui suit leur majo- « rité. Si la proposition qui vous est soumise doit être con- « vertie en loi, on est obligé de reconnaître qu'elle doit être « présentée aux délibérations de l'Assemblée nationale dans « le délai le plus bref et dans les formes de discussion les « plus rapides, afin que ceux auxquels profitera le décret à « intervenir puissent concourir aux élections prochaines de « l'Assemblée législative. » — C'est une loi mixte, mi-partie civile, puisqu'elle modifie un article du Code civil; mi-partie politique, puisque c'était un moyen d'influer sur les élections prochaines.

2° Certes, on aurait pu, si la loi eût été purement politique, ne proposer à l'Assemblée que de statuer sur les seules personnes qui se trouvaient alors comprises dans les deux catégories exceptionnelles, et attribuer à leur simple déclaration la force de la naturalisation, sans s'occuper de l'avenir; mais, dès qu'on s'occupait de l'avenir, la loi devenait pour l'Assemblée une de ces lois organiques que l'article 115 de la Constitution lui réservait, et elle doit être interprétée de manière à respecter, dans tout ce qui ne s'y trouve pas écrit, les Codes, lois et règlements subsistants d'après l'article 112 de la même Constitution.

3° Donc, la loi du 22 mars 1849 ayant statué *pour le présent et pour l'avenir* sur les deux catégories qu'elle comprend, il en résulte que tout autre individu né en France d'un étranger, mais non compris dans ces catégories quoique ayant toujours demeuré en France, ne peut en rien être considéré comme Français s'il n'a pas satisfait à l'article 9 dans sa vingt-deuxième année, et ne peut devenir Français et citoyen que par la naturalisation.

De là il résulte encore que les deux catégories doivent être renfermées strictement dans les termes propres de la loi, mais

Digitized by Google

il en résulte aussi qu'il faut les prendre dans toute leur étendue.

4° Nous acquiesçons donc à la doctrine de M. Alauzet quand il écrit, n° 27, que le bénéfice est acquis au fils né en France d'un étranger, pourvu que le corps dans lequel il aura servi fasse partie des armées françaises de terre et de mer, fût-ce une légion étrangère.

Que s'il s'élevait des doutes pour certains corps d'ouvriers attachés à l'armée de terre ou à la marine, soit dans les fabriques d'armes, soit dans les ports, la position de ces individus devrait être appréciée au point de vue des lois militaires; et le bénéfice de la loi ne leur serait applicable qu'autant qu'un jeune Français dans une position semblable serait dispensé de tout autre service militaire et regardé comme accomplissant le service militaire dans la position où il serait placé;

Qu'il ne faut pas faire attention si les engagements militaires ont une durée plus ou moins longue que celle imposée par la loi sur le recrutement, puisque la loi parle d'un service réel et effectif dans les armées françaises de terre et de mer, sans avoir aucunement parlé de sa durée.

5° Que si lors de la formation des listes pour le recrutement, l'individu né de l'étranger en France avait participé au tirage sans exciper de son extranéité, et qu'une infirmité personnelle ou l'élévation de son numéro eût amené sa libération, cet individu se trouverait par le fait dans la deuxième catégorie de ceux qui peuvent faire la déclaration d'intention, même après l'année qui suivra leur majorité, quoique mineur à l'instant où ce fait se serait accompli [1].

Et puisqu'il est certain que le Code a voulu que l'individu dont nous parlons ne fît cette déclaration qu'avec la maturité que donne la pleine majorité, il faut dire aussi avec M. Alauzet (même n° 27) que, si le sort lui était défavorable, il aurait encore le droit d'exciper d'extranéité et de se faire rayer du contingent; et cela nous paraîtrait vrai même quand n'existerait pas la loi du 7 février 1851 dont nous allons parler tout à l'heure.

[1] Ceux qui étaient encore mineurs au temps des élections pour l'Assemblée législative, ont dû ne devenir citoyens que pour les élections d'une session suivante, et faire à cette fin leur déclaration d'intention, à moins qu'ils ne voulussent pas participer à ces élections.

Digitized by Google

6° Mais nous cessons d'être d'accord avec M. Alauzet quand il fait entendre (au *même lieu*) que l'esprit de la loi avait été que « l'individu né en France, qui se soumettait *volontai-* « *rement* à la charge la plus lourde de celles qui pèsent parti- « culièrement sur les nationaux, avait *suffisamment* manifesté « son intention d'adopter la France pour patrie, et qu'il y avait « lieu de l'admettre en tout temps à accomplir *ce qui ne devait* « *être considéré pour lui* QUE COMME UNE SIMPLE FORMALITÉ!..... » En d'autres termes, cela voudrait dire, l'esprit de la loi est que la simple formalité étant en elle-même insignifiante, celui qui, par un motif quelconque, s'est trouvé dans une des deux catégories, est nécessairement Français et citoyen français quand l'âge le permettra; qu'il vivra et mourra Français, même s'il ne remplit jamais la formalité.

Nous dirons fermement que c'est une erreur.

Nous avouerons que M. Alauzet a puisé ses premiers motifs dans le rapport du comité, et nous ne voulons pas examiner si c'est toujours par amour du pays qu'on contracte un engagement dans l'armée. Nous nous bornerons à dire que la déclaration qu'on veut se fixer en France et qu'on y établit son domicile n'est pas une simple formalité. Si telle eût été la pensée de la loi, elle l'aurait abrogée pour tout enfant né en France d'un étranger.

La loi est une loi politique : c'est *avoué* dans le rapport. La loi ne supprime pas la formalité; elle permet seulement de la différer à un autre temps. Elle juge la formalité si nécessaire, qu'elle exige que les majeurs des deux catégories la remplissent avant que d'exercer leurs droits de citoyen. La loi du 22 mars 1849 reconnaît donc, avec le Code civil, qu'ils doivent être *Français parfaits*, pour être citoyens et électeurs. Seulement, elle leur accorde le privilége d'un sursis indéterminé, leur conserve le droit d'option, et leur permet d'attendre *tant qu'ils le voudront* pour l'exercer.

S'ils n'ont pas exercé ce droit, mourront-ils Français? Non : car la loi du 22 mars 1849 n'a en rien abrogé ni l'article 9 du Code civil ni la loi du 14 octobre 1814, qui avait soumis une portion des habitants du sol de la France, nés dans les départements que les traités de 1814 en avaient détachés, à prendre des lettres de naturalité, s'ils voulaient demeurer Français.

Si l'article 9 du Code civil n'est point abrogé non plus que ne

Digitized by Google

l'était la loi du 14 octobre 1814, à l'égard des individus compris dans les deux catégories qu'embrasse la loi du 22 mars 1849, et si cette loi se borne à leur accorder un délai indéfini pour faire *leur option*, que conclure si cette option n'est pas faite au temps de leur décès? Qu'ils ont voulu toute leur vie conserver la liberté du choix, et qu'à leur mort, ils ont assez méprisé le pays de leur naissance pour y vivre sans vouloir en être citoyens. Donc, à l'égard de la France, ils deviennent étrangers.

7° Cette question en appelle une autre. Quelle a dû être pendant leur vie la condition des individus classés dans les deux catégories exceptionnelles?

Absolument la même que la condition de droit commun de l'enfant né en France d'un étranger jusqu'à la fin de sa vingt-deuxième année : celui-ci est Français dès sa naissance, sous une condition suspensive, celle de son option dans l'année de sa majorité. L'option arrivant, il est Français du jour de sa naissance; la condition défaillant par défaut d'option, il a toujours été étranger.

De même les individus des deux catégories exceptionnelles sont Français sous condition suspensive jusqu'au jour de leur option; en attendant, il serait injurieux de les traiter d'étrangers; le délai de leur option est prolongé; ils doivent donc être traités comme Français commencés; mais ils doivent être écartés de toutes fonctions qui n'appartiennent qu'aux Français complets. Ils jouissent des droits civils plutôt à titre d'hôtes et d'enfants que le pays veut ramener à lui qu'à titre d'étrangers; mais ces droits ne peuvent excéder ceux que les lois accordent aux étrangers les plus favorisés, aux étrangers ayant domicile en France d'après l'article 13 du Code civil. Ils n'auront les droits civils complets qu'au jour de leur option, dans la forme prescrite par l'article 9. — Voilà ce que dicte, dans notre opinion, la raison naturelle et la courtoisie pour ceux à qui la loi réserve de devenir nos compatriotes parfaits s'ils daignent l'exprimer; il n'y a pas d'autres lois sur ce point.

8° Ceux qui ont proposé cette loi en 1849 n'ont vu qu'un côté de la question qu'elle présentait. Comme la loi du 14 juillet 1819, abolitive du droit d'aubaine, combinée avec notre Code civil, laissait aux étrangers à peu près tous les modes d'acquisition des biens en France qu'aux Français eux-mêmes,

Digitized by Google

ils se sont imaginé que cette addition au Code civil pour l'avenir ne pouvait être nuisible à personne, et qu'ainsi ne pouvait pas se présenter la question de savoir si, à la mort de l'un des individus compris dans les deux catégories, les actes et les dévolutions du droit civil faits avec lui, par lui ou pour lui, seraient invalidés par l'effet rétroactif, au cas où il n'aurait pas rempli la condition de déclarer son intention d'être et de demeurer Français. — Certes, sur ce point, ils voyaient juste tant que subsisterait la loi du 14 juillet 1819; le changement d'état survenu par l'omission de la déclaration prescrite par l'article 9 ne pouvait pas annuler les actes du Français imparfait, devenant étranger par son incurie ou son insouciance.

Mais ce à quoi ils n'ont pas songé, c'est aux suites désastreuses que la loi du 22 mars 1849 produirait sur les intérêts des tiers qui ne connaîtraient pas leur état politique, et qui auraient regardé comme Français complets ces demi-Français, ces Français en expectative, selon les uns, ou ces Français dont la nationalité est soumise à une condition résolutoire, selon les autres. N'en prenons qu'un exemple. Par ignorance ou par une fausse circonspection, afin de ne pas faire connaître leur état vacillant, ils se regarderont comme Français quand on les appellera pour être témoins à un testament authentique, et, sans éprouver aucun dommage personnel de leur ignorance ou de leur réticence, exposeront les dispositions les plus sages, les plus prudentes d'un Français ou d'un étranger actuellement en France, à être annulées faute de capacité du témoin nécessaire à la validité, et priveront impunément les légataires de ce que le défunt aurait voulu leur laisser.

9° Remarquons bien que l'article 9, malgré le défaut d'être acéphale, n'était pas, comme la loi du 22 mars, une loi mal faite; qu'il taisait seulement le principe d'où il découlait; qu'il demeurait sous-entendu que « tout enfant né en France naissait Français; » que l'article exprimait seulement la modification du principe pour le cas où l'auteur était étranger; qu'il attribuait directement à l'enfant un droit actif de *réclamation*, dès qu'il devenait homme fait; qu'il lui laissait si peu de temps pour déclarer son intention, que jamais les tiers ne pouvaient être trompés, et que, dès qu'à l'âge de majorité il ne s'était pas prononcé en faveur de la France, la loi le rejetait du nombre des Français pour avoir tacitement répudié le bienfait

Digitized by Google

de sa naissance; qu'ainsi il était bien Français sous condition suspensive, telle que cette condition est définie en bonne philosophie, telle qu'elle est définie par Ricard (*Dispositions conditionnelles, n*os 12 *et* 13), telle qu'elle est définie par le Code civil, art. 1181 et 1182; qu'il n'en résultait jamais un plus long délai qu'une portion du temps d'une minorité; qu'enfin le délai pour prendre parti était si bref que le mineur n'avait pas le temps d'en abuser, et de tromper même involontairement les tiers, tandis que notre loi du 22 mars 1849, en permettant aux deux catégories de délibérer toute la vie, expose, à cause des communications avec les tiers, ceux-ci à être souvent trompés.

10° Pour compléter la doctrine sur l'article 9, tant à l'égard des Français nés d'un étranger en France, mais y demeurant ou y étant décédés, sans qu'on puisse justifier de l'acte de déclaration d'intention, qu'à l'égard des individus compris dans les deux catégories par la loi de 1849, nous devons dire ici que quand, habitant la France, ils ont une fois été portés sur une liste électorale, sans contestation, en qualité de citoyens français, on ne peut plus révoquer en doute leur qualité de Français et de citoyen, ni leur capacité pour tout acte auquel les Français sont seuls habiles, les tiers y fussent-ils intéressés, même quand on ne retrouverait pas leur déclaration d'intention : nous renvoyons à ce que nous avons dit ci-dessus, *chiffres* XLIV *et* XLV, relativement aux Français du § 2e de l'article 10, et nous ajouterons seulement que la formation des listes électorales étant une opération administrative qu'il est permis de critiquer au temps de sa confection, nul n'en peut attaquer l'exactitude devant les tribunaux après les délais écoulés.

Nous pensons aussi que si parmi les individus compris dans les deux catégories de la loi de 1849, il y en a qui n'aient jamais fait leur déclaration d'intention, et n'aient jamais été portés sur les listes électorales, mais que le fait qu'ils auraient ou servi dans nos armées, ou satisfait en minorité à la loi du recrutement fût certain, les tribunaux saisis d'une demande en nullité de donation ou de testament, ou de tout autre acte dans lesquels ils auraient agi comme témoins instrumentaires, devraient facilement admettre l'exception *Error communis facit jus*. Il nous semble que si ces individus sont restés longtemps en France depuis la loi de 1849, les faits justificatifs de

Digitized by Google

l'erreur commune doivent être accueillis avec d'autant plus de faveur qu'eux-mêmes ont pu se tromper sur leur propre qualité de Français, et que ce ne sont point eux qui souffriront de la nullité des actes où ils auront rempli des fonctions civiques. — Mais il n'en est pas moins vrai, que de cette observation, on ne peut faire une règle de droit. COIN-DELISLE.

(*La fin à la prochaine livraison.*)

DU SENS DES MOTS

NATURE DE LA MARCHANDISE

DANS L'ARTICLE 423 DU CODE PÉNAL.

Observations sur un arrêt de la Cour de cassation du 8 avril 1864.

Par M. Beautemps-Beaupré,
docteur en droit, procureur impérial à Chartres.

La Cour de cassation a eu assez souvent l'occasion de se prononcer sur l'interprétation de l'article 423 du Code pénal, et sur la question de savoir ce qu'il faut entendre par les mots *nature de toutes marchandises* dont il se sert. Cette question a depuis quelques années acquis une grande importance par suite des mélanges et des altérations de toute sorte, qu'un commerce aussi avide que peu scrupuleux fait subir à toute espèce de marchandises. Il est donc important d'être bien fixé sur le sens de cet article, d'autant plus que la jurisprudence de la Cour de cassation ne paraissait point, jusqu'à l'arrêt du 8 avril dernier, avoir un système bien arrêté à cet égard. Aussi, malgré la décision de cet arrêt qui consacre le système qu'il faut, pour appliquer l'article 423 du Code pénal, que la chose vendue soit complétement dénaturée, je crois, conformément à l'opinion que j'avais soutenue en première instance et que la Cour de Paris avait consacrée en appel dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de cassation du 8 avril 1864, qu'on doit voir dans

Digitized by Google

l'article 423 du Code pénal la sanction des articles 1110 et 1116 du Code Napoléon, et que cet article devra être appliqué toutes les fois qu'il sera certain que la chose vendue est impropre aux usages auxquels la destinait l'acheteur, auquel on aura ainsi livré *aliud pro alio.*

Je ne veux pas remonter plus haut que 1853 : nous trouvons un arrêt de cassation [1] du 3 décembre de cette année, qui admet avec l'arrêt attaqué que le fait d'avoir vendu une pièce de toile qui n'était d'aucune valeur, étant brûlée, constitue une tromperie sur la *qualité* de la marchandise vendue, et qui le casse parce que cet arrêt avait prononcé pour ce fait la peine édictée par l'article 423. L'arrêt devait être cassé comme ayant appliqué l'article 423 à une tromperie sur la *qualité* de la chose vendue. Mais il est douteux que vendre de la toile brûlée, impropre à presque tous les usages ordinaires de la toile, pour de la bonne toile, ce soit tromper simplement sur la qualité.

Un second arrêt, du 11 mai 1855, va encore plus loin en décidant que celui qui vend pour du vin rouge un mélange composé d'un peu de vin blanc et de beaucoup de cidre coloré en rouge commet simplement la contravention prévue par l'article 475-6° du Code pénal, et ne trompe pas sur la nature de la chose vendue, parce que ce mélange est toujours du vin. Il m'est impossible de souscrire à la doctrine de cet arrêt et de ne pas dire que dans ce cas ce qu'on a vendu n'a du vin que le nom.

Un pareil système, il faut en convenir, ouvre une porte bien large à la fraude, et tend à restreindre dans une singulière proportion les applications de l'article 423.

Parmi les marchandises sur lesquelles la falsification s'est le plus exercée figurent presque au premier rang les engrais ; et c'est surtout quand il s'est agi de réprimer ces falsifications que la jurisprudence que j'essaye de combattre semble s'être le plus solidement établie.

Il n'y a pas beaucoup à insister sur un arrêt de cassation du 30 décembre 1859, qui décide implicitement que présenter un engrais contenant 60 p. 100 de phosphates, tandis qu'il n'en contient que 40 p. 100, n'est pas tromper sur la nature du pro-

[1] Tous les arrêts de la Cour de cassation cités dans cet article se trouvent au Bulletin criminel de la Cour de cassation, à leur date.

Digitized by Google

duit. Cette seule circonstance en effet ne suffit pas pour que le produit ne soit pas le même : il faut qu'il soit constaté que les effets ne sont pas les mêmes; aussi peut-on considérer la cassation de l'arrêt de Rennes comme déterminée surtout par l'absence de motifs. — Il faut en dire autant d'un arrêt de rejet du 6 août 1857 : la Cour décide que l'addition d'eau à un engrais liquide constitue une manœuvre ou procédé pour augmenter frauduleusement le poids de la marchandise vendue, ce qui est exact. L'arrêt attaqué avait décidé que ce fait constituait une tromperie sur la nature de la chose vendue; il allait trop loin en tirant cette conséquence de la simple addition de l'eau qui pouvait avoir certainement pour effet d'en diminuer les propriétés fertilisantes; mais au moins il fallait savoir par les résultats si cette diminution avait été telle qu'elle aurait certainement empêché les acheteurs d'en faire l'acquisition. Mais cet arrêt, en disant que le mélange n'avait pas fait perdre à cet engrais sa nature d'engrais, semblait indiquer la voie à suivre, et montrer que c'était dans les effets de la chose altérée qu'on devait rechercher s'il y avait eu une modification de sa nature.

Un arrêt du 27 août 1858 casse un arrêt de Colmar qui avait déclaré qu'en vendant un amidon dans lequel on avait mêlé de 15 à 25 p. 100 de sulfate de chaux on avait trompé sur la nature de la chose vendue, parce qu'il ne déclare pas que cette marchandise ait été dénaturée par cette mixtion frauduleuse, et soit devenue impropre à sa destination ordinaire, et que l'arrêt, ne s'attachant qu'au seul fait du mélange, déclare ne point avoir à en apprécier les conséquences. Cet arrêt pose en principe que le caractère essentiel du délit prévu par l'article 423, c'est que la tromperie porte sur la nature même de la marchandise, sur son essence, et non sur sa qualité, soit que la fraude provienne de ce que la chose vendue a été donnée pour ce qu'elle n'a jamais été, soit que par un mélange étranger elle ait été tellement altérée que sa nature première a disparu, ou qu'elle ait été rendue impropre à l'usage auquel elle était destinée.

C'est aussi en se fondant sur le même principe qu'a été rendu un arrêt de rejet partiel du 22 février 1861. Il décide qu'on ne saurait considérer comme une simple tromperie sur la qualité celle qui a tellement altéré la chose que sa nature première a

Digitized by Google

disparu, ou qu'elle a été rendue impropre à l'usage auquel elle était destinée; qu'il y a tromperie sur la nature même de la chose quand elle a été dénaturée par une mixtion frauduleuse, et que les éléments étrangers lui ont enlevé son caractère propre et ses effets. — En conséquence, l'arrêt attaqué avait fait une juste appréciation de l'article 423 du Code pénal au cas où les engrais vendus, loin de féconder les champs, semblaient les avoir frappés de stérilité, puisque la récolte en avait été nulle, et qu'ils ne contenaient qu'un dixième seulement de substance fertilisante. La solution de cet arrêt paraît diamétralement opposée à celle de l'arrêt du 11 mai 1855; mais elle nous semble plus conforme au texte et à l'esprit de l'article 423 du Code pénal, comparé aux dispositions du droit civil sur les contrats.

Un arrêt de cassation du 2 janvier 1863 décide que « dès que l'élément essentiel manque à la marchandise vendue, et que par l'amoindrissement frauduleux de la substance poussé à sa dernière limite toute vertu lui est enlevée, alors la substance réelle et utile de la chose n'existe plus, l'acheteur est trompé sur l'objet même de la vente. »

A travers les hésitations que l'on remarque sans peine dans ces divers arrêts, on peut voir que le système de la Cour de cassation est qu'il n'y a tromperie que quand la chose vendue se trouve radicalement impropre aux usages auxquels l'acheteur la destinait. Ce système se trouve définitivement consacré par un arrêt du 8 avril 1864, rendu contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Charrins dans les circonstances suivantes.

Un marchand d'engrais des environs de Mantes avait vendu à un grand nombre de cultivateurs un mélange composé pour moitié de guano pur du Pérou et d'un autre guano riche en phosphates, mais ne contenant que fort peu de matières azotées; ce mélange qu'il leur vendait pour du guano pur du Pérou était connu sous le nom de *guano des îles du Phénix et du Pérou* : l'instruction établit que ce mélange n'avait produit que des résultats presque nuls dans les terres où il avait été employé. Poursuivi à raison de ces faits, cet individu fut condamné pour tromperie sur la nature de la marchandise vendue par le tribunal correctionnel de Mantes, dont le jugement fut confirmé par la Cour impériale de Paris. Mais, sur son pourvoi, cet arrêt a été cassé par un arrêt ainsi motivé :

Digitized by Google

« Attendu que l'arrêt attaqué constate que Renoult a vendu pour du guano pur du Pérou, monopole garanti, un mélange composé pour moitié de guano pur du Pérou et pour moitié d'un guano de qualité inférieure dit *guano des îles du Phénix et du Pérou;* que de cette première constatation résulte que Renoult a modifié par un amoindrissement de qualité, mais non dénaturé dans son essence la marchandise vendue; — que l'arrêt attaqué ajoute que le mélange substitué par Renoult au guano pur du Pérou a eu pour effet de modifier les éléments fertilisateurs naturels et substantiels de cet engrais, et d'en altérer dans la proportion de plus de moitié le principe distinctif; — que c'est là encore une modification, non une altération de la substance vendue poussée jusqu'au point de la dénaturer;

« Attendu que pour qu'il y ait tromperie sur la nature de la marchandise vendue, il faut que la marchandise vendue ait été donnée pour ce qu'elle n'a jamais été, ou qu'elle ait été tellement altérée que sa nature première ait disparu, ou qu'elle ait été rendue impropre à l'usage auquel elle était destinée;

« Attendu qu'aucune constatation de cet ordre ne résulte de l'arrêt attaqué; d'où il suit que Renoult aurait trompé les acheteurs sur la qualité, non sur la nature de la marchandise vendue;

« Attendu d'ailleurs que les matières mélangées par Renoult au guano pur du Pérou n'étant pas des matières inertes, mais un engrais d'une nature inférieure, on ne saurait voir dans les faits constatés une tromperie sur le poids ou le volume des marchandises livrées;

« Casse. »

La Cour de Rouen, saisie de l'affaire par suite du renvoi, s'est conformée à la décision de la Cour de cassation.

La doctrine consacrée par ce dernier arrêt me paraît empreinte d'une véritable exagération, et je persiste à penser que quand il sera constant que la chose est réellement impropre aux usages auxquels elle était destinée, tellement que l'acheteur n'en aurait pas fait l'acquisition, même avec une forte diminution dans le prix, nous aurons rencontré le *criterium* auquel il faudra s'arrêter, sans qu'on doive exiger que l'amoindrissement frauduleux de la substance soit poussé jusqu'à sa dernière limite, ou que l'altération soit telle que sa nature pre-

Digitized by Google

mière ait disparu. Je pense, au contraire, qu'il ne faut pas aller aussi loin, et que quand il s'agit d'appliquer la loi pénale aux fraudes qui portent sur la chose objet de la vente, on doit entendre le mot *nature* dont se sert l'article 423 comme un équivalent un peu moins rigoureux des mots *substance même de la chose*, qu'on lit dans l'article 1110 du Code civil.

L'erreur dans les conventions peut provenir du fai partie qui s'oblige, ou être la conséquence d'un fait de la partie envers laquelle une obligation est contractée. — Dans le premier cas il y a erreur purement et simplement, et l'adversaire de la partie qui est dans l'erreur ne peut être aucunement répréhensible. — Dans le second, le fait de la partie adverse prend le nom général de *dol*, s'il est constant que sans ce fait la partie induite en erreur n'aurait pas contracté.

Dans le premier cas, si l'erreur porte sur le contrat lui-même, si l'une des parties contractantes croit faire une vente, tandis que l'autre croit faire un autre contrat tel qu'un prêt, on ne peut pas dire simplement que l'obligation soit nulle; elle n'existe pas faute d'objet et de consentement. Si cette erreur, au lieu de porter ainsi sur le contrat en lui-même, porte sur la chose qui en est l'objet, elle peut donner lieu à l'annulation du contrat; mais à quelles conditions?

Quand des parties majeures, maîtresses de leurs droits, ayant l'intelligence suffisante, réelle ou présumée, pour conduire leurs affaires, viendront articuler que par suite de l'erreur où elles ont été le contrat qu'elles ont fait devra être annulé sans même qu'il y ait faute imputable à celui qui a traité avec elles, il faudra des circonstances graves pour faire prononcer cette annulation. Il faudra une erreur d'une nature telle que ce qui a été livré à la partie qui articule l'erreur ne soit réellement pas ce qu'elle voulait acquérir, ne lui rende pas les services, ne lui procure pas le bénéfice qu'elle comptait en retirer, en un mot que l'erreur porte sur la *substance même de la chose.*

Dans le second cas, le dol, suivant sa gravité, peut donner lieu simplement à une pénalité civile par des dommages-intérêts, ou bien être atteint par la loi pénale proprement dite. La loi civile n'annule les conventions pour dol que quand il est certain que sans les manœuvres employées, la partie à l'égard de laquelle il a été pratiqué n'aurait pas contracté. Mais il est clair aussi que le dol commis par réticence peut faire annuler la

Digitized by Google

convention, et il est même à remarquer que la plupart des vrais cas d'erreur *sur la substance même de la chose* qu'on pourra citer contiendront un dol par réticence de la part de celui qui aura livré la chose. Tels sont les cas où je veux acheter un cheval de course, un tableau ou un ouvrage d'un grand artiste, et où le vendeur à qui je me suis adressé pour avoir ces objets me livre un cheval de charrue ou un ouvrage des plus médiocres, alors cependant que je lui ai déclaré ce que je voulais avoir : l'erreur de ma part est favorisée par la réticence de mon vendeur, et le contrat sera annulé pour erreur sur la substance causée par le dol de la partie adverse.

C'est là ce que les jurisconsultes appellent le *dolus dans causam contractui*, c'est-à-dire le dol amenant une erreur sans laquelle l'autre partie n'aurait pas contracté.

Si du droit civil nous passons au droit pénal, nous reconnaîtrons d'abord que le législateur ne doit punir et ne punit le dol que dans des cas graves : ce sont surtout l'escroquerie et la tromperie sur la nature des choses vendues.

L'escroquerie est un dol qui amène l'autre partie à contracter par un ensemble de manœuvres qui ne rentrent pas seulement dans la définition générale de l'article 1116 du Code civil, mais qui doivent réunir toutes les conditions spécifiées par l'article 405 du Code pénal. Dans les cas ordinaires, on suppose que la partie victime du dol a eu encore cependant assez d'initiative pour s'en mettre à l'abri, a pu commettre quelque faute qui a aidé à la faire tomber dans le piége qui lui était tendu. Dans le cas d'escroquerie, au contraire, les manœuvres ont un caractère tel qu'il y aurait danger pour la sécurité sociale si elles devaient n'être punies que de peines civiles; et c'est pour cela que le législateur intervient en prononçant des peines contre ceux qui se rendent coupables du dol dans les circonstances qu'il prévoit.

L'escroquerie peut se rencontrer dans tous les contrats. La tromperie sur la nature des choses ou marchandises vendues est un délit spécial au contrat de vente, comme l'indique son nom. La loi, dans ce cas, prononce une peine contre le dol qui a pour effet d'induire en erreur les acheteurs sur la nature de ce qu'on leur livre : c'est encore une erreur causée par le dol de la partie adverse qui constitue l'un des éléments du délit; car tromper une personne c'est l'empêcher de se rendre

Digitized by Google

compte de la réalité des choses, et par conséquent la mettre dans l'erreur, ou l'empêcher de sortir de celle dans laquelle elle se trouvait *ab initio*.

Ainsi donc, l'idée que nous voyons au fond des dispositions des articles 405 et 423 du Code pénal, aussi bien que de l'article 1116 du Code civil, c'est qu'il s'agit d'une erreur provenant d'un dol qui, dans tous les cas, entraînera la nullité du contrat, et, dans des cas plus graves, sera puni de peines proprement dites.

Laissant maintenant de côté l'article 405 dans lequel nous voyons l'erreur porter sur le consentement dans toute espèce de contrats, il est, je crois, tout aussi impossible de ne pas voir qu'il existe une corrélation intime entre les articles 1116 du Code civil et 423 du Code pénal.

L'article 1116 en donnant la définition du dol ne s'explique pas sur le résultat qu'il doit produire quand il porte, non pas sur le consentement, mais sur l'objet même de la convention. Il faut donc recourir pour retrouver le sens de cet article, non pas à la loi pénale qui ne prévoit qu'un cas spécial, et qui d'ailleurs n'était pas encore rédigée quand cet article l'a été, mais à un autre article voisin, situé dans le même chapitre, et qui fait un seul corps de doctrine avec lui, nous voulons dire l'article 1110 : l'erreur provenant du dol ne sera donc une cause de nullité du contrat que quand elle portera sur la substance de la chose.

Lorsque cette erreur provenant d'un dol se rencontre dans le contrat de vente (auquel il faut probablement ajouter tous ceux qui lui sont assimilables, comme la dation en payement), le législateur a cru devoir frapper son auteur d'une peine d'emprisonnement : le contrat de vente est en effet un contrat de tous les instants, et il est facile de comprendre quelle perturbation résulterait dans les relations sociales de l'impunité presque complète du délit de tromperie sur la nature des choses vendues. Mais si l'article 423 du Code pénal partant du même principe fondamental que l'article 1116 se sert des mots *nature de la chose*, nous devons en conclure que cette expression est synonyme des mots *substance de la chose* qui se trouvent dans l'article 1110, et que l'erreur qui entraîne la nullité du contrat, qu'elle provienne ou non de celui qui est dans cette erreur, que l'auteur du dol soit ou non atteint par la loi pénale, est celle

Digitized by Google

qui porte sur la substance ou sur la nature même de la chose.

Substance et *nature* sont des termes identiques; et, si l'on veut trouver quelque différence entre eux, nous dirons que le mot *nature* implique une condition moins rigoureuse que le mot *substance*. Nous trouvons en effet, dans les écrits des jurisconsultes qui se sont occupés des obligations, que l'on fait une différence entre les choses qui sont de l'*essence* et celles qui sont de la *nature* d'un contrat. Les choses qui sont de l'essence sont celles qui font que ce contrat est tel, et que si elles ne se rencontrent pas, le contrat, ou n'existe pas, ou est autre : ainsi le prix est de l'essence de la vente. Celles qui sont de la nature sont celles dont l'absence modifie les effets du contrat sans le changer lui-même. Ainsi, quand dans une vente d'immeubles on supprime la garantie, on supprime quelque chose qui est de la nature de la vente; mais le contrat n'en est pas moins une vente. — Si donc on veut faire une différence entre la substance et la nature de la chose, c'est à ce point de vue qu'il faut se placer, et en appliquant cette analogie dire que *la substance même de la chose* est ce qui constitue son être d'une manière fondamentale et essentielle, *quod stat sub modis*, et que sa nature est la réunion des attributs, qui fait que dans les usages de tous les jours elle peut devenir plus ou moins radicalement impropre à ceux auxquels elle était destinée : ce sera ce qu'on a désigné sous le nom de *qualités essentielles*, qui font que la chose, tout en ne changeant pas de nom, devient radicalement impropre à l'usage auquel elle était destinée, et n'aurait pas été achetée si l'acheteur avait connu cette circonstance.

Mais, sans nous égarer dans ces distinctions quelque peu subtiles, disons que les expressions *substance*, *nature*, *qualités essentielles* de la chose doivent être considérées comme synonymes, et qu'il faut entendre par là l'ensemble des qualités ou manières d'être, qui font que la chose, quelle conserve ou non son nom et son aspect extérieur, est au fond autre chose que ce que l'acheteur voulait se procurer, et est impropre, au moins dans une large proportion, aux usages auxquels elle était destinée, et que la qualité, quand elle est essentielle, se trouve ainsi confondue avec la nature; que s'il en est ainsi dans le simple cas d'erreur, quand il y a de la part de celui qui en est la victime une certaine faute, mais qu'il n'a rien à reprocher à

Digitized by Google

son cocontractant, il en doit, à plus forte raison, être de même quand il y a eu un fait ou des manœuvres contre lesquels il n'a pas pu se défendre.

Nous devons donc dire avec Pothier (*Obligations*, 18) qu'il s'agit ici de la « qualité de la chose que les contractants ont eu principalement en vue, et qui fait la substance de cette chose; » — « Que c'est une de ces qualités telles qu l'acheteur n'aurait pas acheté s'il eût su que la chose n'avait pas cette qualité. » (*Vente*, 260.)

Puffendorf s'en explique en termes non moins formels quand il dit : « Pour ce que l'on dit ordinairement que l'erreur ne rend les conventions nulles que quand elle tombe sur les *choses essentielles*, et non pas lorsqu'elle regarde seulement les *choses accidentelles*, cette maxime doit être expliquée en sorte que par choses essentielles on entende seulement tout ce qui entre dans l'essence physique de la chose au sujet de laquelle on traite, mais encore les qualités que le contractant a eu principalement en vue. Car il arrive souvent que l'on fait beaucoup plus de cas d'une certaine qualité de la chose que de sa substance physique, qui n'est regardée alors que comme un accessoire absolument nécessaire. Ainsi, un contrat de vente est nul, non-seulement lorsque l'acheteur ayant fait marché pour *Davus* le vendeur lui a délivré *Syrus*, mais encore lorsqu'après avoir déclaré qu'on prétend acheter un esclave qui soit bon cuisinier, le vendeur nous en donne un qui n'entend rien à la cuisine. »

« Tout ce que nous venons de dire, ajoute-t-il, a lieu quand même il n'y aurait point de fraude qui eût contribué à faire croire ce qui n'est pas. A plus forte raison l'erreur annule-t-elle l'engagement lorsque l'on a été trompé par le dol ou la mauvaise foi de quelqu'un. »

Enfin il résulte *a contrario* de la quatrième règle qu'il pose quelques lignes plus loin sur le dol, que tout ce qui *influe sur l'essence de l'affaire* doit annuler la convention [1].

Cette théorie est celle des jurisconsultes modernes. Marcadé (art. 1110 et 1116), citant Pothier, dit que la substance des choses est l'ensemble de leurs qualités principales, l'usage que

[1] Puffendorf, *le Droit de la nature et des gens*, traduction de Barbeyrac livre III, chap. 6, §§ 7 et 8.

Digitized by Google

l'homme peut en retirer. Molitor (*Traité des obligations*), après avoir dit (103) que l'erreur sur la matière en tant que qualité essentielle de la chose est une cause de nullité, ajoute (104) : « L'erreur qui tombe sur la qualité de la matière, sur la bonté, sur l'aloi, n'annule pas la convention..... Elle l'est encore (valable) si l'on achète un objet déjà usé le croyant neuf. Mais si la qualité quoique accidentelle a été l'objet de la convention des parties, si des effets ont été vendus pour neufs tandis qu'ils sont déjà usés, le vendeur doit des dommages-intérêts à l'acheteur, parce qu'en général il doit tenir tout ce qu'il a promis. » — Et n° 110, après avoir dit que le dol implique erreur d'une part, soutenu par la mauvaise foi de l'autre, il ajoute : « Par *dolus causam dans* il faut entendre, non-seulement une machination qu'on a employée pour engager la partie contractante à donner ou à s'obliger, mais encore toute dissimulation qui, relativement aux qualités de la chose, entretient l'une des parties dans une erreur sans laquelle elle n'aurait apparemment pas contracté. »

La nature de la chose est donc l'utilité pratique que les parties veulent en tirer, et qui est telle que si elle n'avait pas existé, elles n'auraient pas acheté, — et quand cette erreur proviendra du fait volontaire du vendeur, il se sera rendu coupable de tromperie et tombera sous l'application de l'article 423 du Code pénal.

Il n'y a d'ailleurs rien d'extraordinaire à ce que nous allions chercher dans la loi civile les principes qui doivent nous servir à interpréter la loi pénale, car le Code pénal prononçant des peines pour la violation, non-seulement des droits qui n'ont pas besoin d'être inscrits dans les lois, mais aussi pour la violation de certains contrats, il semble évident que dans ce dernier cas c'est à la loi civile que l'on doit avoir recours pour rechercher les éléments de ces contrats et reconnaître comment et dans quelles limites la loi pénale doit être appliquée.

Une application journalière de ce principe se trouve dans les *abus de confiance*. La loi pénale punit sous ce nom la violation de certains contrats, le dépôt, le mandat, le louage, et aujourd'hui le prêt à usage et le nantissement. Il est certain que c'est dans la loi civile qu'il faut rechercher les principes, non-seulement sur les éléments constitutifs ou les effets de chacun des contrats dont la violation est ainsi punie, mais encore sur les

Digitized by Google

preuves; tellement que pour appliquer l'article 408 du Code pénal à la violation du dépôt ou du prêt d'un objet dont la valeur est supérieure à 150 francs, il faudra que le dépôt ou le prêt soit prouvé par écrit. Il en est de même de l'abus de blanc seing. Ce point est aujourd'hui hors de toute controverse sérieuse.

Mais s'il en est ainsi pour le délit qui viole un contrat préexistant, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement quand le fait délictueux aurait pour objet de vicier une des conditions essentielles du contrat, le consentement. Ainsi que nous l'avons dit, le dol est puni dans de certaines circonstances, quand il a été tel que la partie contre laquelle il a été pratiqué ne pouvait pas s'en défendre. La violence est également punie quand elle a eu pour but d'obtenir la signature ou la remise d'un acte, c'est-à-dire la preuve par écrit d'un consentement. Par conséquent, lorsqu'il s'agira du dol qui a pour effet d'induire en erreur un acheteur sur la nature de la chose qu'il achète, il est pour moi certain que les mêmes principes généraux seront applicables, et que c'est dans la loi civile qu'on devra chercher la solution des difficultés, alors surtout que rien dans les articles de la loi pénale qui punissent le dol (405 et 423) ne peut faire penser qu'elle y ait introduit aucune dérogation.

C. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ.

Digitized by Google

OBSERVATIONS

SUR LE

PROJET DE LOI RÉORGANISANT LA MISE EN LIBERTÉ PROVISOIRE.

Par M. Georges Picot, juge suppléant au tribunal de la Seine.

Texte du projet de loi.

Les articles 91, 94 (loi du 4 avril 1855), 113 à 126 du Code d'instruction criminelle sont abrogés et remplacés par les articles suivants :

Art. 91. En matière criminelle ou correctionnelle, le juge d'instruction pourra ne décerner qu'un mandat de comparution, sauf à convertir ce mandat, après l'interrogatoire, en tel autre mandat qu'il appartiendra.

Si l'inculpé fait défaut, le juge d'instruction décernera contre lui un mandat d'amener.

Art. 94. Après l'interrogatoire, ou en cas de fuite de l'inculpé, le juge pourra décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt, si le fait emporte la peine de l'emprisonnement ou une autre peine plus grave.

Il ne pourra décerner le mandat d'arrêt qu'après avoir entendu le procureur impérial.

Dans le cours de l'instruction, il pourra, sur les conclusions conformes du procureur impérial, et quelle que soit la nature de l'inculpation, donner mainlevée de tout mandat de dépôt ou d'arrêt, à la charge, par l'inculpé, de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement aussitôt requis.

L'ordonnance de mainlevée ne pourra être attaquée par voie d'opposition.

Art. 113. En toute matière, le juge d'instruction pourra, sur la demande du prévenu et sur les conclusions du procureur impérial, ordonner que le prévenu sera mis provisoirement en liberté, à charge, par celui-ci, de prendre l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis.

Art. 114. La mise en liberté provisoire pourra, dans tous les cas, être subordonnée à l'obligation de fournir un cautionnement dans les termes prévus par l'article 120.

Ce cautionnement garantit :

1° La représentation de l'inculpé à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement;

2° Le payement des condamnations pécuniaires tant envers l'État qu'envers la partie civile, et ce dans l'ordre suivant :

Les frais faits par la partie publique;

Les frais avancés par la partie civile;

Les réparations civiles;

Digitized by Google

Les amendes;

L'ordonnance de mise en liberté détermine la somme affectée à chacune des deux parties du cautionnement.

Art. 115. La mise en liberté aura lieu sans préjudice du droit que conserve le juge d'instruction, dans la suite de l'information, de décerner un nouveau mandat d'amener, d'arrêt ou de dépôt, si des circonstances nouvelles et graves rendent cette mesure nécessaire.

Toutefois, si la liberté provisoire avait été accordée par la chambre des mises en accusation réformant l'ordonnance du juge d'instruction, le juge d'instruction ne pourrait décerner un nouveau mandat qu'autant que la Cour, sur les réquisitions du ministère public, aurait retiré à l'inculpé le bénéfice de la décision.

Art. 116. La mise en liberté provisoire peut être demandée en tout état de cause : à la chambre des mises en accusation, depuis l'ordonnance du juge d'instruction jusqu'à l'arrêt de renvoi devant la Cour d'assises; au tribunal correctionnel, si l'affaire y a été renvoyée; à la Cour impériale (chambre des appels correctionnels), si appel a été interjeté du jugement sur le fond.

Lorsque le condamné, pour rendre son pourvoi admissible, conformément à l'article 421, voudra réclamer sa mise en liberté, il portera sa demande devant la Cour ou devant le tribunal qui aura prononcé la peine.

Art. 117. Dans tous les cas prévus par l'article précédent, il sera statué sur une simple requête, en chambre du conseil, le ministère public entendu.

Art. 118. La demande en liberté provisoire sera notifiée à la partie civile, à son domicile ou à celui qu'elle aura élu. Elle pourra, dans le délai de vingt-quatre heures, à partir du jour de la notification, présenter des observations écrites.

Art. 119. L'opposition ou appel devra être formé dans un délai de vingt-quatre heures, qui courra, contre le procureur impérial, à compter du jour de l'ordonnance ou du jugement, et contre l'inculpé ou la partie civile, à compter du jour de la notification.

L'opposition ou appel sera consigné sur un registre tenu au greffe à cet effet.

Le procureur général aura le droit d'opposition dans les formes et les délais prescrits par les trois derniers paragraphes de l'article 135.

Art. 120. Dans le cas où la liberté provisoire aura été subordonnée au cautionnement, il sera fourni en espèces, soit par un tiers, soit par l'inculpé, et le montant en sera, suivant la nature de l'affaire, déterminé par le juge d'instruction, le tribunal ou la Cour.

Toute tierce personne solvable pourra également être admise à prendre l'engagement de faire représenter l'inculpé à toute réquisition de justice, ou, à défaut, de verser au Trésor la somme déterminée.

Art. 121. Si le cautionnement consiste en espèces, il sera versé entre les mains du receveur de l'enregistrement, et le ministère public, sur le vu du récépissé, fera exécuter l'ordonnance de mise en liberté.

S'il résulte de l'engagement d'un tiers, la mise en liberté sera ordonnée sur le vu de l'acte de soumission passé au greffe.

Préalablement à la mise en liberté avec ou sans cautionnement, le demandeur devra, par acte reçu au greffe, élire domicile, s'il est inculpé, dans

Digitized by Google

le lieu où siége le juge d'instruction; s'il est prévenu ou accusé, dans celui où siége la juridiction saisie du fond de l'affaire.

Art. 122. Les obligations résultant du cautionnement cessent si l'inculpé se présente à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement.

La première partie du cautionnement est acquise à l'État, du moment que l'inculpé, sans motif légitime d'excuse, est constitué en défaut de se présenter à quelque acte de la procédure ou pour l'exécution du jugement.

Néanmoins, en cas de renvoi des poursuites, d'absolution ou d'acquittement, le jugement ou l'arrêt pourra ordonner la restitution de cette partie du cautionnement.

Art. 123. La seconde partie du cautionnement est toujours restituée en cas d'acquittement, d'absolution ou de renvoi des poursuites.

En cas de condamnation, elle est affectée aux peines pécuniaires et aux réparations civiles, dans l'ordre énoncé dans l'article 114; le surplus, s'il y en a, est restitué.

Art. 124. Le ministère public, soit d'office, soit sur la provocation de la partie civile, est chargé de produire à l'administration de l'enregistrement, soit un certificat de greffe constatant, d'après les pièces officielles, la responsabilité encourue dans le cas de l'article 122, soit l'extrait du jugement dans le cas prévu par l'article 123, § 2.

Si les sommes dues ne sont pas déposées, l'administration de l'enregistrement en poursuit le recouvrement par voie de contrainte.

La caisse des dépôts et consignations est chargée de faire, sans délai, aux ayants droit, la distribution des sommes déposées ou recouvrées.

Toute contestation sur ces divers points est vidée sur requête, en chambre du conseil, comme incident de l'exécution du jugement.

Art. 125. Si, après avoir obtenu sa liberté provisoire, l'inculpé cité ou ajourné ne comparait pas, le juge d'instruction, le tribunal ou la Cour, selon les cas, pourront décerner contre lui un mandat d'arrêt ou de dépôt, ou une ordonnance de prise de corps.

Art. 126. L'inculpé renvoyé devant la Cour d'assises sera mis en état d'arrestation, en vertu de l'ordonnance de prise de corps contenue dans l'arrêt de la chambre des mises en accusation, nonobstant la mise en liberté provisoire.

Ce projet de loi a été délibéré et adopté par le Conseil d'État, dans ses séances des 26 et 27 octobre, 3 novembre et 8 décembre 1864.

(*Moniteur* du 10 mars 1865.)

I.

Parmi les projets de loi dont le Corps législatif a été saisi dès sa première séance [1], figure une réforme partielle du Code d'instruction criminelle, sur laquelle nous demandons la permission de fixer un instant l'attention.

[1] Présenté le 16 février 1865, le projet a été inséré avec l'exposé des motifs au *Moniteur* les 24 février et 10 mars dernier.

Digitized by Google

Il y a dans notre procédure criminelle un point qui a souvent appelé l'examen des criminalistes. En regrettant l'incontestable nécessité de la détention préventive, on s'est demandé s'il ne serait pas possible d'abréger dans quelques cas sa durée, en transformant en une promesse garantie par une pénalité pécuniaire les sûretés qu'elle offre à la société. Nous ne développerons pas la théorie de la mise en liberté provisoire sous caution. Ici même nous avons eu occasion d'en démontrer l'utilité et de repousser les attaques dont elle a été l'objet[1]. Admettons donc, pour un instant, que le principe de l'élargissement provisoire dans certains cas est hors de question, et examinons rapidement les dispositions nouvelles inscrites dans le projet soumis en ce moment aux délibérations du Corps législatif.

Envoyé au Conseil d'État depuis le mois de mars 1864, ce projet, composé de seize articles, réalise un progrès sensible sur la législation aujourd'hui en vigueur.

La première question qui se présente lorsqu'il s'agit de l'élargissement provisoire est de savoir si, dans certains cas, la mise en liberté doit être un droit pour l'inculpé, ou si le juge peut toujours la refuser à son gré. Le sens qu'il fallait attribuer au Code sur ce point a été l'objet d'ardentes controverses, et la jurisprudence de la Cour de cassation, après avoir lutté contre les cours, a reconnu, en 1844, que les prévenus n'avaient pas le droit d'exiger leur mise en liberté. Cette décision, qui est parfaitement conforme au Code d'instruction criminelle, ne vide pas la question au point de vue législatif. Il faut nous demander ce qu'on doit préférer d'une loi qui laisse toute liberté au juge ou d'un texte qui le forcerait en certains cas exceptionnels à transformer la détention préventive en une garantie pécuniaire.

Ce problème a été envisagé jusqu'ici au point de vue purement judiciaire. Il nous semble avoir une portée plus élevée, et l'étude des législations qui ont consacré le droit du prévenu démontre aisément que ce simple article de loi peut devenir avec le temps une des bases de la liberté individuelle. Sous l'empire du Code d'instruction criminelle le juge peut

[1] V. les articles sur la mise en liberté sous caution, successivement insérés dans la *Revue* (t. XX, XXI, XXII, XXIII) pendant les années 1862 et 1863. Un vol. in-8°, chez l'éditeur de la *Revue*.

Digitized by Google

prolonger indéfiniment la détention préventive, sans autre contrôle que celui de ses chefs hiérarchiques. Son pouvoir ne s'arrête que dans le cas où l'inculpé ne peut être passible de l'emprisonnement; mais il suffit qu'une peine de six jours menace le prévenu pour que sa détention soit légale. De limites, le Code n'en parle pas; de garanties faciles à réclamer par le détenu étonné de la prolongation de sa détention, pas davantage. Il pourra, il est vrai, se recommander au juge qui visite chaque mois les prisons, mais la note prise par le magistrat peut ne pas parvenir au juge d'instruction, et il est permis d'assurer qu'il n'y a aucune voie régulière, normale, de recours organisé contre une détention illimitée. Il ne nous appartient pas d'apprécier ni de louer le zèle et la conscience des magistrats chargés des informations criminelles; nous voulons nous tenir ici dans le domaine purement spéculatif de la théorie, et nous demander, en dehors de toute influence de personnes, si, dans un pays libre, une bonne organisation judiciaire ne comporte pas une limitation des pouvoirs dévolus aux magistrats instructeurs. La puissance judiciaire ne peut empiéter sur les pouvoirs politiques, et dans une constitution, cette division des pouvoirs est une garantie puissante de l'ordre général. N'y a-t-il pas aussi une ligne de démarcation à établir entre le pouvoir judiciaire et la liberté individuelle du citoyen? Loin de nous la pensée d'affaiblir la répression, d'aider à cette désorganisation sociale dont certains esprits attristés voient à l'horizon les menaces lointaines, et de porter atteinte au droit de poursuite du ministère public, qui est en ce moment en dehors du débat. Mais arrêtons nos regards sur la procédure actuelle : prêtons un instant au juge instructeur les passions que, grâce au ciel, notre magistrature française ne lui a pas vues depuis un demi-siècle, et demandons-nous ce que serait son pouvoir sous l'empire du Code de 1808. Mis en mouvement par le ministère public, il pourrait arrêter, incarcérer, détenir un citoyen, un mois, six mois, un an, sans qu'une obligation légale le forçât à rendre compte de l'instruction qui par sa nature est secrète. « Vous supposez un fait monstrueux, » me dira-t-on. Nous supposons la passion ou simplement la négligence, et nous croyons qu'il est juste de dire que les lois sont faites pour corriger les vices des hommes, pallier leurs défauts, créer des obligations là où la voix du

Digitized by Google

devoir ne serait pas écoutée, et établir des sanctions lorsque les obligations sont violées. Si l'on imagine des magistrats vertueux, dégagés des passions et des entraînements de l'humanité, supérieurs au niveau général et tout à fait à l'abri des chutes humaines, quel sera le rôle des lois criminelles, établissant des règles, fixant des compétences, accordant des voies de recours et de révision? Tous les articles d'un Code n'ont pour but que de corriger, par une règle fixe qui représente les plus grands degrés de probabilité, les imperfections de l'intelligence des hommes chargés de juger. Pourquoi a-t-on établi le maximum d'une peine? C'est parce qu'on redoute les entraînements du tribunal emporté par l'ardeur de la répression. Pourquoi le minimum? parce qu'on craint la faiblesse d'un cœur trop facilement ému. Le droit d'appel n'indique-t-il pas la défiance contre un premier jugement? Les réquisitoires, la communication des dossiers, la révision de la chambre d'accusation, tout cela ne prouve-t-il pas surabondamment la volonté de mettre un frein et d'imposer une règle aux écarts de la nature humaine, capable à tous moments de faillir et d'errer?

Le droit accordé au juge de se saisir d'un citoyen pour examiner s'il a violé les lois, doit-il être borné dans son action comme tous les autres droits dévolus au juge? Doit-il être, au contraire, entièrement abandonné à sa prudence, quant au mode et quant à la durée? Voilà la vraie question.

Nous pensons que la détention préventive pourrait être limitée dans son *mode* et dans sa *durée*.

Expliquons-nous rapidement sur cette double réforme.

La loi anglaise a accordé le droit à la mise en liberté sous caution à tous les prévenus, mais elle a soigneusement excepté les inculpés de crime et des principaux délits. De telle sorte qu'un prévenu de petit délit peut réclamer la cessation de la détention préventive en fournissant des cautions solvables. Ce droit ébranle-t-il la répression? Nullement, car il ne s'exerce que dans les cas où aucun danger de fuite n'existe; dans toutes les poursuites graves, le juge retrouve le bénéfice de l'exception et peut refuser l'élargissement. En voyant le magistrat contraint d'obéir à cette loi libérale, on comprend qu'il soit fatalement devenu, par le rôle que lui donne la législation, le protecteur des citoyens. L'action pu-

Digitized by Google

blique n'appartient pas à lui, ni à un magistrat, son collègue et son égal. Chacun peut poursuivre devant les tribunaux; placé entre le plaignant et l'inculpé, le juge représente une loi protectrice de la liberté des citoyens, et sa situation est d'autant plus élevée, que la loi confère aux individus des droits qu'il sait faire respecter.

Lorsqu'en 1842 M. le garde des sceaux Martin du Nord présenta aux Chambres un projet de loi sur cette matière, il crut devoir s'inspirer de la législation anglaise en l'adaptant à nos vieilles traditions et aux principes du Code de 1808. Le droit à la liberté provisoire sous caution était reconnu aux inculpés de délits, mais de nombreuses exceptions étaient formulées et les nécessités de l'instruction étaient sauvegardées. D'après l'article 115, la mise en liberté sous caution pouvait être refusée aux inculpés des délits d'infraction de ban, de mendicité, de vagabondage, d'association illicite, d'excitation à la débauche et à la corruption des mœurs, d'abus de confiance, de concussion et de détournements de deniers publics, de destruction de titres, de vols, d'escroquerie, de coalition d'ouvriers, de fabrication, débit et distribution de poudres, armes et autres munitions de guerre, de menaces écrites, de menaces verbales avec ordre ou sous conditions, d'entraves à la circulation des grains, de violences envers un magistrat à l'occasion ou dans l'exercice de ses fonctions, de banqueroute simple, de concussion ou corruption de fonctionnaires, de coups et blessures s'il y a eu préméditation ou guet-apens. Mais, en dehors de ces catégories, que de poursuites dans lesquelles la détention préventive est inutile! Les blessures involontaires et par imprudence, les diffamations et injures, les tromperies sur la nature et la qualité des objets vendus, la destruction de clôtures, les infractions aux lois sur les douanes, les contributions indirectes, le recrutement, les inhumations, le colportage et tous ces délits qui sont à vrai dire des contraventions ne motivent pas suffisamment l'emprisonnement avant le jugement. Si parmi les inculpés poursuivis on peut en trouver qu'il soit utile de détenir, ce seront des individus sans domicile ou en récidive qui ne pourraient à ce double titre revendiquer le droit à la mise en liberté sous caution.

Tels étaient les termes du projet présenté en 1842. Il n'é-

Digitized by Google

manait pas d'un député de l'opposition et n'avait pas été conçu comme l'application d'une théorie généreuse. Rédigé par une commission de magistrats réunis au ministère de la justice, présenté par le gouvernement, approuvé par les Cours, défendu par les voix autorisées des membres de la majorité, la loi passait à la Chambre des députés sous le patronage considérable de conservateurs tels que MM. Vivien et de Belleyme. A la Chambre des pairs, où la réforme du Code d'instruction criminelle succomba sous des attaques étrangères à notre sujet, le droit à la mise en liberté recevait de la parole de M. Franck Carré et de M. Mérilhou une nouvelle consécration. On ne peut donc dire que cette pensée ait le caractère d'une utopie, et il est permis d'espérer qu'une loi embrassant complétement cette matière introduira un jour ces dispositions dans notre Code.

Quand cette réforme sera accomplie, n'aura-t-on plus rien à souhaiter? On aura limité les cas où la détention préventive sera légale, il restera à borner sa *durée*. C'est le second point qui doit nous occuper.

Nous l'avons dit plus haut, aucun moyen régulier n'existe pour le détenu de réclamer contre une détention prolongée. Souvent il ne sait écrire ; le pourrait-il? il n'a ni plume ni encre à sa portée; personne n'est tenu de lui en fournir; à qui adressera-t-il ses plaintes? Lui a-t-on dit qu'une lettre envoyée au procureur général ou au garde des sceaux est toujours suivie d'une enquête? Et d'ailleurs ce sont là des recours extrajudiciaires qui font honneur aux hommes, mais ne constituent point des garanties sur lesquelles on puisse s'appuyer. Dans la plupart des législations on a organisé une procédure régulière; en Belgique, le détenu peut demander à la Chambre du conseil la mainlevée du mandat de dépôt et renouveler sa requête dix jours après le rejet de sa première tentative. Ainsi l'information secrète est mise au jour à des périodes fixes, et l'inculpé peut saisir un tribunal de ses réclamations. En Suisse, le mandat de dépôt n'a qu'une durée limitée à huit jours. En Angleterre, le fameux acte d'*habeas corpus* permet à tout détenu d'exiger du gardien de la prison, dans les six heures de sa demande, une copie de l'ordre de détention; une amende de 100 livres garantit ce droit. Muni de cette copie, le détenu adresse une requête à l'un des grands juges d'Angleterre, qui a le pouvoir de faire

Digitized by Google

cesser la détention préventive et de mettre en liberté sous caution le prévenu s'il est détenu contrairement aux lois ou sans qu'il y ait danger de fuite. Pourquoi ne donnerait-on pas ce pouvoir aux conseillers de la chambre des mises en accusation, auxquels les individus détenus préventivement à Paris adresseraient leurs suppliques? On procéderait à une enquête, et l'on obtiendrait par ce moyen une grande accélération des procédures. Pourquoi, en outre, les mandats de dépôt et d'arrêt ne seraient-ils pas périmés par un laps de temps que fixerait la loi? En quoi cette réforme nuirait-elle à la bonne administration de la justice? Le terme serait indiqué par le législateur sur la proposition des Cours impériales que consulterait la commission législative, et la crainte salutaire qu'inspirerait cette mainlevée forcée du mandat hâterait les instructions et amènerait nécessairement à multiplier le nombre notoirement insuffisant des magistrats instructeurs dans les grandes villes. Dans l'état actuel de notre législation, un mandat d'arrêt délivré il y a cinq ans est encore valable et peut être mis à exécution; il suffit de signaler ce fait et de le rapprocher des précautions que la prudence de nos voisins a introduites dans leurs lois pour éveiller l'attention du législateur qui réforme cette partie du Code d'instruction criminelle.

Ainsi le mode et la durée de la détention préventive, voilà quels nous paraissent être les deux points capitaux d'une loi destinée à protéger la liberté individuelle. La loi nouvelle touche à cette grande question, mais sans y entrer, et, à plus forte raison, sans la résoudre. D'après l'exposé des motifs, en effet, elle ne se propose que deux objets : simplifier la procédure du cautionnement et par ce moyen faciliter la mise en liberté provisoire en matière criminelle et correctionnelle.

En nous renfermant dans cet ordre d'idées, examinons rapidement le nouveau projet.

II.

On devait d'abord déterminer la juridiction compétente : sous l'empire du Code, on avait soutenu que la chambre du conseil et, depuis 1856, le juge d'instruction, étaient seuls compétents pour appliquer l'article 114. Enfin la Cour de cassation a fait justice de ce système en procla-

Digitized by Google

mant *que la liberté sous caution pouvait être ordonnée par tout tribunal saisi de la cause, pendant tout le temps qu'il en était réellement saisi.* C'est ce principe excellent que le nouvel article 116 introduit dans le Code. Nous ne rencontrons pas là une innovation, mais la consécration salutaire d'une ancienne jurisprudence. De telles réformes ne peuvent échouer et sont à l'abri de toute critique.

Le législateur de 1791, préoccupé de maintenir et de consacrer l'égalité des citoyens devant la justice, s'était entièrement mépris sur la nature du cautionnement. Il avait cru que le montant de cette garantie pouvait être déterminée *a priori* et il avait fixé un chiffre invariable; en 1808, on se borna à poser les règles étroites qui devaient lier le juge. Un minimum de 500 francs, un maximum égal au double de l'amende ou au triple des dommages-intérêts, étaient les limites que ne pouvait franchir le magistrat. En 1848, le minimum fut aboli; aujourd'hui le projet complète cette réforme en faisant disparaître le maximum par la suppression de l'article 119. Cette suppression sera éminemment favorable à la vraie égalité : en matière d'outrages aux agents, un inculpé était arrêté, il avait quelque fortune : néanmoins, le juge ne pouvait fixer un cautionnement supérieur à 400 francs, car le maximum de l'amende est de 200 francs. Désormais, le cautionnement pourra s'élever comme la fortune du détenu et servir de garantie efficace au lieu d'être une somme dérisoire incapable de retenir un inculpé élargi et de le rappeler devant le tribunal. En Angleterre, on n'est pas surpris de voir des cautions promettre une somme de 100,000 francs pour la représentation du détenu mis en liberté. C'est ainsi seulement que l'élargissement provisoire peut être une garantie sérieuse. En France, un magistrat ne pouvait réellement en certains cas se contenter du dépôt de quelques centaines de francs. A l'avenir, la garantie sera mesurée aux ressources du détenu.

Aussi le projet, comme corollaire de ce principe et pour en rendre complète l'application, a-t-il voulu que le juge fût libre de ne pas exiger de caution, dans les cas où la promesse du prévenu élargi lui paraîtrait suffisante. Le Code d'instruction criminelle interdisait la mise en liberté provisoire sans caution. C'était méconnaître la valeur incontestable qui doit être accordée à l'engagement d'un homme qui a un domicile connu

Digitized by Google

ou à celui qui est trop pauvre pour verser une somme, mais qui n'a aucun intérêt à fuir. Le nouvel article 113 autorise la mise en liberté pure et simple.

Cet article contient une seconde innovation non moins bonne. Il sera désormais permis au juge d'instruction et au tribunal compétent d'élargir provisoirement un inculpé de crime. Les poursuites criminelles, en menaçant celui qui en est l'objet de peines sévères, exigent presque toujours la détention préventive. Cependant il est des cas où la durée de l'instruction, l'attente de renseignements venus des colonies ou des pays d'outre-mer, la faiblesse des charges, peuvent faire regretter une mesure indéfiniment prolongée. La loi de 1855, en réformant la matière des mandats, a reproduit le projet présenté par le gouvernement, en 1842, à la Chambre des députés, et permis au juge de faire cesser la détention préventive dans une information correctionnelle ou criminelle, en anéantissant le mandat de dépôt, qu'une ordonnance de non-lieu ou un acquittement pouvaient seuls autrefois faire tomber. Cette réforme hardie a produit un excellent résultat, et plus de 1,700 inculpés jouissent annuellement du bénéfice de ces prescr ptions. Le projet de loi actuel donne son vrai nom à cette mesure, en l'appelant, dans l'article 113, mise en liberté provisoire *sans* caution. Aussi n'est-ce pas sans un vif étonnement que nous avons lu dans l'article 94 une disposition dont l'unique but est de faciliter la mainlevée des mandats de dépôt et d'arrêt. Il y aura deux procédures dont le résultat sera identique : toutes deux aboutissent à la liberté provisoire ; toutes deux se contentent de la promesse de l'inculpé élargi ; l'une comme l'autre s'applique aux inculpés de crimes comme de délits. Dès lors, pourquoi maintenir ces deux voies toutes semblables? Il y aura, je le sais, une différence entre les deux sortes de mise en liberté : la mise en liberté provisoire est réclamée par le détenu qui la demande par *voie contentieuse*, tandis que les mandats de dépôt ou d'arrêt sont anéantis par *voie gracieuse*. Dans le premier cas, le juge peut l'accorder malgré le ministère public ; dans le second cas, le procureur impérial et le juge d'instruction doivent se trouver du même avis. Mais pourquoi deux procédures différentes? On aurait compris aisément que la loi nouvelle eût exigé, pour la mise en liberté sous caution en matière criminelle, l'accord du juge et du mi-

Digitized by Google

nistère public; c'était là une garantie pleine de prudence et que réclamait peut-être dans une certaine mesure l'introduction de l'élargissement provisoire dans les matières les plus graves; mais ce qui paraît surtout étrange dans le projet de loi, c'est de prescrire dans l'article 94, pour la mainlevée des mandats de dépôt et d'arrêt, la conformité des conclusions du procureur impérial, et de laisser, dans l'article 113, le juge d'instruction libre de mettre le prévenu en liberté provisoire sans caution, c'est-à-dire de donner réellement mainlevée du mandat, sans s'arrêter aux conclusions contraires du ministère public.

En résumé, le projet de loi crée dans un article une garantie en faveur de l'instruction, pour la faire disparaître dans l'article suivant. Il y a là une anomalie qu'il suffit d'indiquer pour attirer l'attention du législateur. De tous les systèmes, le plus simple et le plus prudent serait, il nous semble, de permettre au juge de décider en matière correctionnelle, contrairement aux conclusions du ministère public, et de réserver pour les poursuites criminelles la nécessité de l'accord entre le juge et le ministère public.

La loi nouvelle a voulu en outre faciliter le cautionnement et simplifier les formalités qu'il exigeait. Examinons si elle a réussi dans la seconde partie de sa tâche.

Il y aura deux *formes de cautionnement :* 1° le dépôt en espèces par l'inculpé ou un tiers ; 2° l'acte de soumission souscrit par une personne solvable qui s'engage à payer une somme fixée d'avance, si l'inculpé ne se représente pas devant la justice (nouvel art. 120).

Le Code d'instruction criminelle reconnaissait ces deux formes de cautionnement; mais l'article 117 exigeait que la solvabilité de la caution fût justifiée par des immeubles libres de toute hypothèque, pour le montant du cautionnement et une moitié en sus. Cette formalité, imposée à toute personne répondant de l'inculpé, mettait obstacle aux mises en liberté sous caution. La vérification des registres du conservateur des hypothèques causait des lenteurs considérables, et souvent une personne notoirement solvable, mais ne possédant que des valeurs mobilières, éprouvait un refus qui était conforme à la loi, mais contraire au bon sens et à la logique. Le projet s'est « abstenu de reproduire les dispositions du Code relatives au cautionnement immobilier; » toutefois l'exposé des motifs

Digitized by Google

ajoute que « le législateur n'a pas entendu proscrire cette preuve de solvabilité. Elle demeure dans le droit commun. Ce sera un moyen entre plusieurs, au lieu d'être, comme aujourd'hui, le moyen légal et unique. »

L'article 121 s'occupe de la réalisation du cautionnement : les fonds doivent être versés entre les mains du receveur de l'enregistrement, ou la soumission reçue au greffe.

Si le législateur veut aplanir les difficultés matérielles pour faire entrer les cautions dans les usages judiciaires, pourquoi ne pas autoriser tous les greffiers à recevoir les engagements des personnes dont la solvabilité est reconnue par le magistrat, sans exiger qu'elles se transportent au greffe? C'est par la simplification des formalités inutilement multipliées parmi nous que les Anglais sont parvenus, en matière criminelle, à des résultats qui nous étonnent. Un patron se présente-t-il pour cautionner son commis, dès qu'il a fait connaître sa solvabilité et qu'il est admis à fournir caution, le juge remplit les blancs d'un procès-verbal imprimé, dans lequel est constaté l'engagement; puis il remet une note imprimée à la caution pour lui rappeler son obligation. Tout est terminé; le patron quitte l'audience, où il n'est demeuré que quelques minutes. Au lieu de cela, que de temps perdu à Paris! Du cabinet du juge, ou de la chambre du conseil où la mise en liberté aura été accordée, la caution, après avoir longtemps attendu, se transportera au greffe pour signer l'acte de soumission, au bureau du receveur de l'enregistrement pour verser la somme. Combien de démarches! Les bureaux ferment à trois heures; elle devra revenir le lendemain, sous peine de voir prolonger par sa faute la détention préventive. Au lieu de cela, qu'on autorise le greffier du juge d'instruction, ou celui qui tient l'audience, à recevoir la somme ou la soumission, et tout devient simple.

En France, on peut affirmer que les procédés sont bien plus à réformer que les lois. En aucune matière cette vérité ne paraît plus sensible. Tous les principes généraux de la loi nouvelle sont bons, et l'on n'aurait presque rien à souhaiter si, dans la pratique, l'application devait en être simple.

Il en est de même dans la question qui nous reste à étudier, *la destination du cautionnement.*

En cas de défaut, que deviendra la somme déposée ou pro-

Digitized by Google

mise? Devait-elle être acquise à l'État, suivant le système anglais? devait-elle être employée au payement des frais et condamnations pécuniaires en restituant le surplus au prévenu défaillant comme dans le système du Code de 1808? Telle semblait être l'alternative qui s'offrait au rédacteur du projet de loi.

En Angleterre, le système en vigueur avait donné les meilleurs résultats. Si l'inculpé ne comparaissait pas, la caution était poursuivie et la somme versée au Trésor à titre d'amende spéciale. On avait le droit de penser que telle serait la destination nouvelle du cautionnement. Au lieu d'imiter cette organisation consacrée par l'expérience, le Conseil d'État a préféré emprunter à la législation belge un troisième système qui a l'inconvénient d'une extrême complication. Le cautionnement aura désormais deux effets : la comparution de l'inculpé et le payement des condamnations pécuniaires. « Cette fusion des deux systèmes, dit l'exposé des motifs, ne pouvait s'opérer que par la division du cautionnement en deux parts, dont l'une serait acquise au Trésor, comme amende spéciale, dès le premier défaut de l'inculpé, par le fait seul de ce défaut; l'autre attendrait le résultat des poursuites pour répondre, le cas échéant, des suites pécuniaires d'une condamnation. » Le juge devait dans son ordonnance fixer le montant des deux cautionnements.

Pour saisir sur ce point délicat l'économie du projet de loi, indiquons les dispositions communes aux deux parties du cautionnement et celles qui ont un caractère spécial. Le nouvel article 122 établit que « les obligations résultant du cautionnement cessent si l'inculpé se présente à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement. » Cet article est général et s'applique aux deux parties du cautionnement.

Si l'inculpé élargi sur une citation, mandat ou sommation est constitué en défaut de se présenter à quelque acte de la procédure ou pour l'exécution du jugement, la *première partie du cautionnement* est acquise à l'État à titre d'amende spéciale. Elle joue le rôle du cautionnement dans le système anglais· son action est très-simple : l'inculpé est averti qu'au premier défaut cette somme sera perdue : en Angleterre, elle est irrévocablement acquise au Trésor; la loi nouvelle a admis un tempérament qui dans la pratique ne manquera d'affaiblir l'effet

Digitized by Google

du cautionnement. Elle autorise le magistrat en cas de renvoi des poursuites, d'absolution ou d'acquittement, à ordonner la restitution de cette partie du cautionnement. Cette disposition nous paraît superflue. De deux choses l'une, où l'inculpé qui a fait défaut a *un motif légitime d'excuse* : et dans ce cas, l'article 122 le dispense très-équitablement de verser le cautionnement; ou il s'est joué des ordres de la justice, et son innocence plus tard reconnue et proclamée ne peut atténuer sa faute et effacer la peine qu'il a encourue. Il a été jugé à bon droit qu'un homme, quoique arrêté illégalement, est coupable de rébellion quand il résiste aux agents de la force publique. Comment un citoyen aurait-il le droit de trahir sa caution et de résister aux mandats et aux citations parce qu'il se croit innocent? Il y a eu refus d'obéir aux ordres de justice, la sanction est là : la somme est déposée, elle doit être irrévocablement acquise.

Cette décision n'est pas nouvelle dans nos lois. Le prévenu qui a laissé prendre contre lui un jugement par défaut, fût-il reconnu innocent sur l'opposition qu'il a formée, doit supporter les frais et ne peut jamais en être déchargé [1]. Partout le principe est le même, la loi refuse au citoyen la faculté d'apprécier une injonction de l'autorité et de se soustraire à ses ordres par l'insouciance ou la ruse. En présence de la justice, comme devant tout pouvoir émané de la puissance publique, l'homme vivant en société n'a qu'un droit, celui d'exposer ses raisons, de discuter sa conduite et de défendre ses actes par tous les moyens de preuves. Entrer en lutte, résister ou s'enfuir, sont des actes indignes d'un citoyen et qui sont funestes à la vraie liberté : l'obéissance aux lois, le respect des magistrats chargés de les faire observer, sont les plus sûrs gardiens de l'indépendance individuelle, et il n'y a de vraiment libres que les peuples chez lesquels règnent sans contestation ces maximes. Sous le voile de l'équité, le troisième paragraphe de l'article 122 nous paraît donc consacrer une mesure regrettable.

La seconde partie du cautionnement aura, suivant le projet de loi, un caractère tout différent; destinée à garantir les conditions pécuniaires, elle reproduit absolument le système

[1] Article 187 du Code d'instruction criminelle.

Digitized by Google

du Code de 1808. Essayons donc d'examiner brièvement ses avantages et ses inconvénients.

Et d'abord, quels sont les intérêts qu'a voulu sauvegarder le législateur? évidemment ceux du trésor public et de la partie civile. Or, que viennent faire les intérêts du fisc et des parties lésées dans un débat où la présence de l'inculpé est le seul intérêt en jeu? Quel but cherche à atteindre la loi nouvelle? un seul : empêcher la fuite du prévenu, sans recourir à la détention préventive. Par quelle confusion de principes le législateur a-t-il, en 1808, fait intervenir, dans la fixation du taux du cautionnement, le montant des dommages-intérêts? Les rédacteurs du Code pensaient que l'inculpé élargi se soustrairait à l'exécution de la condamnation corporelle en prenant la fuite, et ils voulaient du moins assurer le payement des condamnations pécuniaires en retenant un gage. C'était dénaturer le cautionnement, qui ne doit avoir qu'un seul résultat : empêcher la fuite de l'inculpé. Le prévenu est notoirement insolvable : pourquoi la mise en liberté, nécessaire pour la continuation de son travail manuel, viendrait-elle accroître sa solvabilité? S'il en était ainsi, les parties civiles auraient intérêt à faire élargir sous caution celui qu'elles poursuivent et elles devraient souhaiter ardemment qu'il prît la fuite.

Ce ne serait pas seulement la plus singulière anomalie, mais qu'on examine les difficultés que présentera la fixation du cautionnement : les cautions devront sans doute verser une somme proportionnée à l'amende qui pourra être prononcée et aux dommages-intérêts demandés. Sur ce point l'art. 114 est formel : le cautionnement garantit le payement des conditions pécuniaires, tant envers l'État qu'envers la partie civile. Or la garantie doit être proportionnée à la dette. Il est dès lors impossible que le juge ne s'attache pas à demander une somme qui puisse suffire à ces payements, et l'on retombe alors dans l'inconvénient des cautionnements trop élevés. Nous objectera-t-on qu'en Angleterre le chiffre du cautionnement est illimité? Nous le savons; mais, du moins, le juge anglais n'a qu'un résultat à atteindre, la représentation de l'inculpé. Son domicile, sa famille, sa valeur morale, la qualité de la prévention, la gravité des charges, sont des éléments bien assez complexes pour ne pas forcer en outre le magistrat français à entrer dans

Digitized by Google

un nouvel ordre d'idées, en fixant encore le taux des frais, l'élévation des amendes, le montant des dommages-intérêts qui seront alloués, et cela souvent au début de l'information, quand le juge d'instruction connaît l'inculpé, sans avoir encore approfondi la nature et encore moins les conséquences de l'affaire. Dans ce double cautionnement, il y a donc une source de difficultés sans nombre qui feront échouer dans la pratique une réforme qui doit avoir pour but de simplifier et non de compliquer la mise en liberté sous caution.

Si cette disposition est introduite sans changement dans la loi, elle paralysera absolument la réforme ou elle succombera elle-même devant un écueil qu'il est aisé de prévoir. Le dernier paragraphe de l'article 114 prescrit au juge de déterminer dans son ordonnance de mise en liberté la somme affectée à chacune des deux parties du cautionnement. Grâce à ce texte, le magistrat pourra, s'il lui plaît, anéantir en fait les dispositions regrettables de l'article 114. En fixant à 1,000 francs le cautionnement exigé, il pourra ajouter que sur cette somme 950 francs seront affectés à la représentation de l'inculpé et 50 francs seulement au payement des condamnations pécuniaires. Une telle ordonnance ne sera-t-elle pas en contradiction formelle avec l'esprit du législateur? Nous le demandons à ceux qui étudient en ce moment le projet de loi : un texte est-il digne de figurer dans nos lois quand avant de le voter on prévoit que l'usage en atténuera les principales dispositions?

Nous pensons donc qu'on devra revenir, suivant les termes mêmes de l'exposé des motifs que nous sommes heureux de citer textuellement, « au *système qui vient à l'esprit le plus naturellement.* C'est la combinaison la plus simple en même temps que la plus efficace, continue le savant rapporteur au Conseil d'État, éprouvée ailleurs par une longue pratique et recommandée chez nous par l'autorité de savants criminalistes. Si elle n'a pas été adoptée, c'est parce qu'on a reculé devant la nécessité de détruire radicalement la garantie de condamnations pécuniaires aussi anciennes dans nos lois que le cautionnement : on a jugé ce changement excessif. » Telles sont les raisons qui ont fait hésiter le Conseil d'État, et qui l'ont enfin amené à un compromis. Nous espérons que la réforme commencée sera achevée et que de l'entente de la commission du Corps législatif et de la section du Conseil d'État sortira une

Digitized by Google

modification profonde de l'article 114, qui ne conservera plus de traces de la législation belge, et consacre la *spécialité* du cautionnement.

Si un amendement de cette nature était introduit dans la loi, toute la loi deviendrait simple, claire et pratique. Les rédacteurs du projet ont dû prescrire le versement des espèces entre les mains du receveur de l'enregistrement, dès l'instant où toute somme déposée à titre de cautionnement devait garantir les frais du Trésor; il en résultait une simplification en cas de fuite, puisque ce receveur devait imputer sur la somme déposée les frais dus à l'État par le condamné. Le receveur doit verser les sommes à la caisse des dépôts et consignations, en attendant qu'elles soient attribuées définitivement. C'est là que les parties devront solliciter la restitution ou le recouvrement du cautionnement. Quoique l'article 124 ordonne de faire ce versement *sans délai*, et que dans le quatrième paragraphe, le même article règle que toute contestation sur ces divers points sera vidée sur requête en chambre du conseil, comme incident de l'exécution du jugement, les démarches et la procédure que ces formalités exigent effrayeront les cautions. Pour assurer le succès de la réforme, ne serait-il pas possible d'autoriser le dépôt des sommes au greffe? Dans le système qui nous paraît le plus simple, nous avons déjà dit que la somme déposée serait restituée à la caution ou acquise au Trésor. Dans le premier cas, elle sera remise à celui qui l'a consignée sur un ordre du ministère public qui se sera assuré que l'inculpé n'a fait défaut à aucun acte de procédure, et qu'il est incarcéré ou définitivement acquitté. Dans le second cas, le ministère public devra d'office faire verser entre les mains du receveur la somme déposée en constatant la responsabilité encourue. Si les sommes ne sont pas consignées, l'administration de l'Enregistrement en poursuivra le recouvrement par voie de contrainte, ainsi que l'ordonne expressément l'article 124. C'est le système aujourd'hui en vigueur pour les restitutions de pièces à conviction déposées aux greffes. Souvent des sommes importantes, des objets précieux sont accumulés dans les greffes; il serait très-simple d'ajouter aux fonctions du greffier dépositaire la charge de conserver et de rendre les cautionnements déposés. Toutes les formalités peuvent alors se faire sur place, sans perte de temps et sans les obstacles et les lenteurs que

Digitized by Google

suscitent toujours les démarches dans les bureaux de trois administrations différentes.

Il y a là un point qui doit éveiller d'autant plus vivement l'attention des auteurs du projet de loi que partout, avec un soin consciencieux, ils ont su abréger les délais et faciliter la mise en liberté rapide de l'inculpé Une simple requête saisit la juridiction compétente (117); dans les vingt-quatre heures de la notification à la partie civile, celle-ci perd le droit de présenter des observations écrites (118). L'opposition ou l'appel devra être formé dans un délai de vingt-quatre heures. Il est vrai que le procureur général conserve son droit d'opposition dans les délais de l'article 135, mais il est formellement déclaré dans l'exposé des motifs que le délai de dix jours n'empêchera point l'exécution provisoire de l'ordonnance de mise en liberté. Ces deux articles facilitent les recours et apportent un changement qui doit être approuvé de tous. Dans l'état actuel, la jurisprudence, à défaut de la loi, avait décidé que l'appel d'un tribunal correctionnel devait être formé dans les dix jours (art. 283), et le pourvoi en cassation dans les trois jours (art 373). Le nouvel article réalise un progrès incontestable.

Depuis que le Corps législatif est saisi de ce projet, deux amendements ont été présentés.

Le premier ne contient qu'un article; il demande qu'en matière politique, la détention préventive ne puisse être appliquée. Que doit-on entendre par ces mots: *en matière politique?* Si l'on ne veut parler que des délits de presse, c'est un hommage aux grandes lois de la Restauration, qui forment encore aujourd'hui le droit commun de la presse, c'est un retour vers les maximes qu'elles consacrent dans l'article 28 de la loi du 26 mai 1819, et il ne se trouvera pas une voix pour repousser une mesure également sage et libérale. Mais si l'amendement veut introduire, en toute matière touchant de près ou de loin à la politique, un droit à la liberté provisoire, si les cris séditieux, les rassemblements, le port d'armes prohibées, les détentions de poudre, les sociétés secrètes, ne peuvent désormais motiver une arrestation immédiate et le maintien de la détention jusqu'au jugement, cet amendement doit être énergiquement repoussé; s'il était introduit dans nos lois, quelle serait la situation du gouvernement auquel avant tout,

Digitized by Google

en des périls pressants, incombe le devoir de protéger l'ordre? Il est inutile d'insister sur ce point : on comprend les dangers d'une telle mesure, et l'on se rappelle les souvenirs historiques, encore trop voisins de nous, qui empêchent de s'y arrêter un seul instant.

Un second amendement[1] en cinq articles a été signé par treize députés et déposé récemment sur le bureau du Corps législatif. Sans s'attacher à un point spécial, cet amendement embrasse la détention préventive tout entière et change complétement les principes du projet. Les signataires de l'amendement demandent le droit absolu à la liberté provisoire en matière correctionnelle, sauf en cas de vagabondage, rupture de ban et flagrant délit. Nous avons essayé de démontrer plus

[1] L'amendement suivant au projet de loi sur la mise en liberté provisoire a été déposé sur le bureau du Corps législatif :

« Art. 1er. En matière correctionnelle, la liberté provisoire est de droit, et le juge d'instruction ne peut décerner que deux espèces de mandats : mandat de comparution et mandat d'amener.

« Sont exceptés les cas de vagabondage, de rupture de ban et de flagrant délit.

« Art. 2. Si le prévenu fait défaut sur les mandats de comparution et d'amener, ou s'il a disparu de son domicile, le juge peut décerner contre lui un mandat d'arrêt.

« Art. 3. Le prévenu arrêté aura toujours le droit d'obtenir sa mise en liberté provisoire, à la charge par lui de se représenter, toutes les fois qu'il en sera requis, à tous les actes de la procédure et du jugement.

« Cette mise en liberté sera ordonnée sur sa requête *sans* caution, *s'il* est *domicilié* dans le lieu de la poursuite, ou *s'il* est *réclamé* par une personne domiciliée.

« Dans le cas contraire, le juge pourra lui imposer l'obligation de fournir caution; cette caution n'excédera pas 2,000 francs.

« Art. 4. Si le prévenu mis en liberté avec ou sans caution ne se présente pas lorsqu'il en sera requis, et cela sans excuse légitime, la juridiction alors saisie de l'instruction ou du jugement pourra, le procureur impérial entendu, décerner contre lui un nouveau mandat d'arrêt; ce mandat sera irrévocable, la caution sera restituée.

« Art. 5. En cas d'acquittement, le jugement qui le prononcera devra, si le prévenu est détenu, ordonner sa mise en liberté immédiate, et il ne pourra être ressaisi s'il y appel du ministère public.

« En cas de condamnation du prévenu à la peine de l'emprisonnement, le temps de détention provisoire qu'il aura subi devra toujours être imputé sur la condamnation.

« Bethmont, Carnot, Jules Favre, Garnier-Pagès, Glais-Bizoin, Havin, Hénon, Lanjuinais, J. Magnin, Marie, E. Pelletan, E. Picard, J. Simon. »

Digitized by Google

haut combien serait dangereux le droit absolu si des exceptions nombreuses ne venaient en atténuer les inconvénients. Il nous paraît superflu de revenir sur ce point.

Si l'on devait voter le droit pour l'inculpé d'exiger sa mise en liberté provisoire, une seule garantie resterait entre les mains du juge d'instruction : la faculté d'élever indéfiniment le taux du cautionnement, de façon à maintenir le prévenu en prison par l'impossibilité de fournir la somme fixée ou de l'y rappeler par la crainte d'une perte d'argent trop considérable. Mais les auteurs de l'amendement dépassant toute mesure proposent de détruire cette garantie : ils ne veulent pas admettre qu'une caution puisse être exigée de l'inculpé élargi. On lui ouvrira les portes de la prison, et il rentrera libre dans son domicile sans être retenu par aucun lien. Lorsque l'inculpé n'aura ni domicile ni répondant domicilié, alors seulement le juge pourra exiger une caution; mais comme il serait à craindre qu'il ne fixât un chiffre trop élevé, l'article 3 de l'amendement a soin d'y pourvoir en indiquant un maximum fixe de 2,000 francs. Ainsi, pendant qu'on discute sur la question de l'élargissement obligatoire avec caution, les auteurs de l'amendement franchissant d'un bond les dernières limites de la prudence, réclament l'élargissement obligatoire sans caution. Dans aucun temps, sous aucune législation, même en 1791, lorsque l'Assemblée constituante éprise des plus beaux rêves inscrivait dans les lois tant d'illusions généreuses, on n'avait osé demander une réforme aussi radicale.

Le dernier article de l'amendement demande que le temps de détention provisoire soit toujours imputé sur la condamnation. C'est là une réforme souvent proposée, mais dont le danger a toujours frappé les esprits. A la première vue, rien de plus simple et de plus logique : le prévenu a été détenu un mois; il est condamné à un an d'emprisonnement; la durée de sa détention préventive comptera dans le calcul de la peine. C'est une solution du problème que tous nous avons entendu présenter. Mais que va-t-il se passer? A-t-on songé aux prévenus acquittés après une détention préventive? Quelle sera leur situation? Elle sera identiquement la même que celle du prévenu reconnu coupable, condamné à un mois d'emprisonnement et relâché le jour même du jugement, en vertu de la loi de compensation que vous voulez introduire. De deux com-

Digitized by Google

plices retenus avant le jugement en prison pendant trois mois, l'un sera condamné à trois mois d'emprisonnement, l'autre sera reconnu innocent, et tous deux devront sortir ensemble de l'audience, libres l'un et l'autre et, vis-à-vis de la société, dans la même situation apparente. On peut être certain que les juges reculeraient devant cette conséquence immorale qui mettrait sur la même ligne l'innocent et le coupable, et qu'ils n'hésiteraient pas à repousser de leur calcul, malgré la loi, un élément qui consacrerait un tel scandale, et peu à peu on verrait les magistrats, élevant la peine, revenir par un moyen détourné à ce qui existe aujourd'hui. Cette pensée, pleine d'humanité, ne peut passer dans la loi; quand il y a lieu, le tribunal l'applique sans la faire entrer publiquement dans les motifs de son jugement. L'inscrire dans le Code, c'est vouloir réglementer le droit d'appréciation du juge, que les lois sont impuissantes à enchaîner, car, par le secret de la conscience, il échappe à tout contrôle.

Ainsi, ce contre-projet, malgré ses aspirations généreuses, ne saurait, selon-nous, arrêter un seul instant la commission du Corps législatif, qui saura, nous l'espérons, marcher dans la véritable voie ouverte à ses travaux, entre le Code actuel et l'amendement que nous avons rapidement analysé.

En résumé, le projet présenté par le Conseil d'État, malgré ses lacunes, marque un pas dans notre législation. La liberté provisoire étendue aux matières criminelles, la mainlevée du mandat de dépôt, prenant sa place naturelle dans la législation sous le nom de mise en liberté sans caution, le chiffre et le mode de cautionnement indéterminés, les délais abrégés, toutes les voies de recours aplanies, telles sont les réformes salutaires que ne doivent pas nous faire oublier quelques imperfections, regrettables assurément, mais qu'un examen attentif de la commission législative et, par-dessus tout, une libre discussion doivent, nous en sommes convaincu, faire disparaître du projet de loi. GEORGES PICOT.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

TRANSCRIPTION HYPOTHÉCAIRE.

EXPLICATION THÉORIQUE ET PRATIQUE DE LA LOI DU 23 MARS 1855.

Par M. Fernand VERDIER, avocat, ancien magistrat. 1865.

Compte rendu par M. Paul GIDE, agrégé de la Faculté de droit de Paris.

Notre nouvelle loi sur la transcription hypothécaire a ouvert à la littérature juridique une veine féconde qui, depuis dix ans exploitée avec zèle et parfois avec succès, est loin encore d'être épuisée. La loi de 1855 était à peine promulguée, que déjà les articles et les brochures sur la transcription affluaient de toute part. Aujourd'hui l'on ne se contente plus d'articles et de brochures : d'épais et lourds volumes suffisent à peine pour contenir le commentaire des douze articles de la loi nouvelle. Naguère un des écrivains les plus populaires et les plus accrédités dans le public des juristes, M. Mourlon, consacrait deux volumes fort gros et, ce qui est plus rare, fort bien remplis, à un « Traité théorique et pratique sur la transcription hypothécaire. » Aujourd'hui, voici un auteur, encore inconnu du public, M. Fernand Verdier, qui vient nous donner à son tour, en deux tomes non moins épais et non moins substantiels, une « Explication théorique et pratique de la loi du 23 mars 1855. »

Est-ce bien, en effet, un traité *théorique et pratique* que nous avons sous les yeux? Si nous ne nous trompons, l'œuvre de M. Verdier, avocat et ancien magistrat, est bien plus pratique que théorique. Ce n'est point là un reproche, hâtons-nous de le dire, que nous entendons adresser à l'auteur : nous savons apprécier, nous aussi, tout théoricien et professeur que nous sommes, les livres qui, écrits dans la pratique même des affaires, nous montrent le droit tel qu'il est, tel que la société l'a fait, et non tel que la science l'a conçu. C'est là le mérite de ce nouveau commentaire : le droit y est vivant; une discussion

Digitized by Google

pressante et chaleureuse, où l'on croit entendre un écho des débats du palais, anime tout l'ouvrage et tient l'attention du lecteur sans cesse en éveil. Pas de vagues abstractions, pas de froides formules métaphysiques. Toutes les définitions se traduisent par des exemples ; toutes les questions générales se transforment en espèces particulières. L'auteur parcourt, avec une diligence infatigable, tous les cas prévus par les auteurs, tous ceux qui se sont produits devant les tribunaux, tous ceux que son expérience et sa science ont pu lui suggérer. Il étudie chacun de ces cas avec tout le soin qu'un avocat consciencieux et habile met à compulser son dossier : toutes les raisons pour et contre sont prévues, débattues, pesées; et, dans la décision enfin, on reconnait d'ordinaire la justesse d'esprit et le tact pratique d'un magistrat exercé.

Voilà des qualités fort précieuses sans contredit. Mais on ne saurait tout réunir, et, en signalant les mérites qu'on trouve dans le livre de M. Verdier, j'ai par là même donné à entendre quels sont ceux qu'on n'y trouve point. Ce qu'on chercherait vainement dans ce livre, ce sont ces vues générales, ces vastes aperçus, qui dominent de haut les menus détails et embrassent une institution dans son ensemble. Peut-être M. Verdier a-t-il considéré les généralités comme inutiles dans un commentaire analytique. Nous craignons en ce cas qu'il ne se soit mépris. En vain se flatterait-on d'épuiser un sujet à force de minutieuse et patiente analyse : on aura beau prévoir et scruter un à un tous les cas, toutes les hypothèses possibles, on ne sera pas complet tant que l'on n'aura pas ramené tous ces détails à l'unité et joint à l'analyse la synthèse. Que penserait-on de l'artiste qui, après avoir reproduit sur son album, avec une scrupuleuse exactitude, chaque colonne, chaque chapiteau, chaque détail d'architecture d'une construction, négligerait de compléter son œuvre en traçant un dessin général de l'édifice ? Nous ne voudrions point sans doute appliquer cette comparaison au savant commentateur de la loi de 1855. Les principes théoriques ne font pas précisément défaut dans son livre : on les rencontre à chaque pas dans le cours des discussions, mais trop souvent à demi cachés et comme enfouis sous l'exubérance des détails. L'auteur n'a pas pris soin de les dégager, de les grouper, de les mettre en lumière. Il semble avoir oublié que ces principes fondamentaux doivent être, dans tout ou-

Digitized by Google

vrage scientifique, ce qu'est dans un tableau ce point central vers lequel tout converge et où le regard du spectateur se repose. Aussi la lecture de son livre laisse-t-elle dans l'esprit une certaine confusion, bien difficile à éviter, je l'avoue, en un pareil sujet. Le lecteur promené, durant plus d'un millier de pages, d'espèce en espèce et de controverse en controverse, a quelque peine à se rendre compte, au terme du voyage, du chemin qu'il a parcouru et de la direction qu'il a suivie. Il eût suffi à M. Verdier de quelques idées générales, de quelques principes larges posés en tête de son œuvre, pour ouvrir, au travers de cet épais fourré de controverses épineuses, des éclaircies et des avenues qui auraient permis au lecteur de s'orienter, et de ne jamais perdre de vue, durant tout son trajet, ni le point de départ ni le but.

La transcription, d'ailleurs, dès qu'on l'envisage à un point de vue plus général, prend un intérêt nouveau et inattendu. Elle se rattache, par des liens étroits, aux problèmes les plus élevés de notre législation civile; son organisation est un sujet d'étude, non-seulement pour le jurisconsulte, mais encore pour l'économiste et le publiciste; ses origines et ses développements progressifs tiennent une place considérable dans l'histoire de nos lois. De tout temps, en effet, on a senti l'utilité de rendre publics les droits réels; de tout temps on a compris qu'un droit, opposable à tous, devait, autant que possible, n'être ignoré de personne; que, chacun étant tenu de le respecter, chacun avait intérêt à le connaître. Mais à ce besoin universel ont répondu, suivant l'état des sociétés, des institutions bien différentes, et, à cet égard, on peut distinguer deux périodes distinctes, qui se succèdent uniformément et suivant une loi constante dans la plupart des législations.

La manière la plus naturelle de rendre public son droit de propriété, c'est de l'exercer par des actes apparents, c'est de posséder. Tel est aussi le mode de publicité qu'on retrouve chez toutes les sociétés naissantes. Une prise de possession, réelle ou symbolique, signale et publie toute translation de droit réel. Pour devenir propriétaire, il faut mettre la main sur la chose : tel est le sens primitif de la *mancipatio* des Romains, de l'*andelagum* (*hand-legen*) du moyen âge. Le créancier hypothécaire lui-même, dans l'ancien droit d'Athènes, doit faire acte de possession sur le fonds soumis à son hypothèque, en y

Digitized by Google

plantant une borne qui porte inscrits son nom et la somme qui lui est due.

Mais, à mesure que la civilisation se développe, la propriété se détache de la possession pour devenir moins fragile et plus stable. En même temps, les formalités symboliques tombent dans l'oubli dès que les peuples commencent à vieillir et que l'imagination cesse d'être chez eux la faculté dominante. C'est alors qu'on voit se produire un système de publicité plus ingénieux et plus sur, l'insertion des actes constitutifs de droits réels dans des registres officiels et publics. Sous les noms divers d'*anagraphè* en Grèce[1], d'insinuation à Rome, d'inscription et de transcription dans les États modernes, la publicité par l'enregistrement vient tôt ou tard prendre sa place dans les institutions de presque toutes les sociétés civilisées.

Cette publicité d'un nouveau genre est moins éclatante, sans doute, que celle qui résultait autrefois des cérémonies symboliques ou de la possession matérielle : elle ne se produit pas d'elle-même, elle suppose une vérification, et n'existe que pour qui prend la peine de venir la rechercher. Mais peut-être, quelque divers qu'ils soient, ces deux systèmes de publicité sont-ils appropriés aussi bien l'un que l'autre aux temps et aux mœurs pour lesquels ils ont été respectivement établis. Dans des temps de barbarie et de désordre, pour garantir de toute usurpation une propriété récemment usurpée et encore mal assise, il fallait l'entourer d'une publicité qui frappât tous les yeux. Mais à des époques de civilisation avancée, la publicité n'ayant plus pour but que de sauvegarder la foi des contrats et de fonder le crédit foncier, il suffit qu'elle existe pour les parties intéressées.

Telle est la notoriété restreinte et relative qui peut résulter des registres publics; mais, même dans ces étroites limites, cette publicité comporte encore bien des degrés divers. Pour donner une idée des variétés qu'elle peut présenter, comparons un instant, par exemple, la transcription actuelle avec les deux institutions analogues dont elle tire son origine : l'insinuation romaine et le nantissement de nos coutumes du Nord. —

[1] On peut voir avec quel soin la *transcription* avait été organisée dans la plupart des républiques grecques, dans un passage fort étendu et fort curieux du compilateur Stobée, *Sermonum*, liv. XLIV, c. 22.

Digitized by Google

La vraie nature de notre système de transcription et son caractère propre vont ressortir, je l'espère, de ce rapprochement.

Qu'était-ce d'abord que l'insinuation chez les Romains ? Ce n'était pas simplement la copie d'un acte déjà parfait, c'était la confection même de l'acte. On donnait, on vendait, on testait *apud acta*, comme aujourd'hui l'on fait une donation, un testament par-devant notaire. Les parties contractantes allaient trouver, dans la basilique, le magistrat et les curiales assemblés ; elles leur soumettait leur *projet* d'acte, ou, si elles n'avaient pas de projet écrit, déclaraient de vive voix leurs volontés ; un procès-verbal en était dressé par le greffier, et ce procès-verbal, revêtu du sceau de l'État, signé des magistrats et des parties et déposé dans des archives publiques, était, on le voit, non pas une copie, mais la véritable *minute* de l'acte, dont il faisait pleine foi. — Sans doute l'insinuation, telle que je viens de la décrire, ressemble bien peu à celle qui se pratiquait chez nous au siècle dernier. Mais quoique profondément altérée, l'insinuation, sous les lois françaises, n'en avait pas moins retenu toujours son caractère essentiel et distinctif ; elle était toujours restée un élément du contrat lui-même, une condition nécessaire de sa validité.

Le nantissement, usité dans les anciennes coutumes de Picardie et de Belgique, présente, au premier aperçu, la plus grande analogie avec l'insinuation. Ici encore la formalité est accomplie par les parties en personne, devant les juges réunis en audience publique, et le procès-verbal qui en est dressé est conservé dans les archives judiciaires. Mais voici la différence : l'acte que les parties viennent accomplir devant le tribunal, ce n'est plus, comme dans l'insinuation, le contrat lui-même, c'est l'exécution de ce contrat, c'est-à-dire la translation de propriété. Le tribunal, comme le seigneur féodal autrefois, *vestit* et *ensaisinne* l'acquéreur, c'est-à-dire le rend propriétaire. Avant cette collation judiciaire du droit réel, la vente est parfaite, sans doute, comme contrat, mais l'acheteur n'a encore qu'une simple créance ; la chose, suivant l'expression d'un vieil auteur, « ne lui compète encore qu'en personnalité. » Le vendeur, au contraire, demeure, jusqu'au nantissement, pleinement propriétaire de la chose vendue, à tel point que ses créanciers chirographaires peuvent encore la frapper de saisie.

J'arrive enfin à la transcription, telle que les lois de l'an VII

Digitized by Google

et de 1855 l'ont organisée. — La transcription est-elle, comme l'insinuation du droit romain, un mode de contracter? Pas le moins du monde. — Est-elle, comme le nantissement du droit coutumier, un mode d'aliéner? Pas davantage. Ce n'est point la transcription qui confirme le contrat et qui lie les parties : les parties sont liées, le contrat est parfait par le seul consentement; — ce n'est point la transcription qui transfère la propriété et ensaisinne l'acquéreur : la propriété est transférée, l'acquéreur est saisi, par l'effet du seul consentement. La transcription ne confère donc ni le droit personnel ni le droit réel; ce n'est plus en justice ni en présence des parties qu'elle s'effectue; loin de constituer un titre, elle n'a pas même de force probante; en un mot elle ne peut rien faire acquérir, elle ne peut que publier et consolider des droits déjà acquis.

Puisque la transcription n'est qu'un instrument de publicité, considérons-la un instant sous ce point de vue, et demandons-nous quelle est l'étendue, et, si je puis ainsi parler, le rayon de la publicité qu'elle produit.

J'ai déjà remarqué que cette publicité est, de sa nature même, assez restreinte, et n'existe que pour ceux qui viennent faire des recherches dans les registres. Comment procède-t-on à ces recherches? Pour s'en rendre compte, il faut savoir que le conservateur des hypothèques tient, avec des registres, des répertoires, qui donnent, sous le nom de chaque individu qui a aliéné et acquis, l'indication des transcriptions dans lesquelles il figure. Une table alphabétique des noms propres renvoie au compte ouvert à chaque individu dans le répertoire. Ainsi il suffit de donner au conservateur le nom d'une personne, pour que ce fonctionnaire, allant de la table au répertoire et du répertoire aux registres, puisse délivrer l'état complet des transcriptions et des inscriptions qui la concernent.

Voilà un procédé simple et commode, sans contredit; mais combien sont bornés et insuffisants les renseignements qu'il peut fournir! Si Pierre m'a vendu un champ, je pourrai, sans doute, obtenir du conservateur l'assurance qu'il n'existe, à l'égard de ce champ, aucune transcription ni inscription *du chef de Pierre*. Mais si, par hasard, un autre que Pierre, si Paul, par exemple, prétendait, lui aussi, à tort ou à raison, à la propriété du même champ? si des transcriptions ou des inscriptions avaient été prises sur ce champ du chef de Paul?

Digitized by Google

comment pourrais-je les découvrir? A coup sûr, ce ne serait point par les registres du conservateur; car, ne connaissant point Paul, je ne pourrais indiquer au conservateur le nom de Paul et lui demander l'état des inscriptions et transcriptions afférentes à ce nom. Ces transcriptions sont donc à mon égard comme non existantes, puisque leur publicité ne saurait arriver jusqu'à moi; — de même qu'à l'égard de Paul la transcription que j'ai pu faire ou celles qu'ont pu faire mes ayants cause sont comme non existantes; car Paul, ne me connaissant pas plus que je ne le connais, la publicité des transcriptions relatées sous mon nom au répertoire ne saurait parvenir jusqu'à lui. En un mot, la publicité qui résulte de la transcription est personnelle et relative, et non réelle et absolue : elle ne se répand que dans le cercle étroit des personnes qui, directement ou indirectement, se rattachent au même auteur.

M. Verdier (car il est bien temps de revenir à lui) paraît, lui aussi, se rattacher, en général, aux divers principes que je viens de rappeler; mais comme il n'en a pas fait le fondement même de son œuvre, il s'en est parfois, ce me semble, involontairement départi dans le détail de l'application. Parmi ces nombreuses questions d'application, il en est une qui me paraît capitale et que je veux débattre un instant avec lui. — Il s'agit de savoir quels sont les tiers par qui un acquéreur pourrait être évincé bien qu'il eût fait transcrire son titre avant eux.

Il est d'abord une hypothèse sur laquelle aucun dissentiment ne s'élève entre M. Verdier et moi. Si le même fonds a été vendu — à Primus, par Pierre qui l'a usurpé, à Secundus par Paul, véritable propriétaire, — Primus, bien qu'il fasse transcrire son titre avant Secundus, pourra être évincé par celui-ci.

Comment Primus pourrait-il exciper de l'antériorité de sa transcription? — Cette formalité ne fait que publier et consolider les droits conférés par le contrat : Primus n'ayant rien acquis par son contrat, la transcription de ce contrat demeure forcément sans effet. — D'ailleurs cette transcription, fût-elle efficace, ne saurait l'être vis-à-vis de Secundus, car la publicité qu'elle répand ne saurait arriver jusqu'à lui : — Secundus, en effet, ne connaît pas Pierre, il ne connaît que Paul, son vendeur; tout ce qu'il pourra demander au conservateur, ce sera l'état des transcriptions où Paul figure, et cet état ne comprendra

Digitized by Google

point évidemment la transcription de la vente consentie par Pierre.

En un mot, lorsque les deux titres relatifs au même immeuble émanent de deux auteurs différents et étrangers l'un à l'autre, l'ordre de préférence ne peut dépendre de celui des transcriptions.

Mais de cette première règle, j'en déduis une seconde (et c'est ici que M. Verdier cesse de me suivre) : si l'ordre de transcription est indifférent entre deux titres qui émanent d'auteurs étrangers l'un à l'autre, il doit en être de même lorsque ces deux auteurs ne se rattachent l'un à l'autre que par un acte qui, soumis à la transcription, n'a pas été revêtu de cette formalité : car cet acte est, vis-à-vis des tiers acquéreurs, clandestin et comme non existant. — Si, par exemple, un fonds est vendu par Paul à Pierre sans transcription, ensuite vendu par Pierre à Primus, par Paul à Secundus, Secundus obtiendra la préférence sur Primus, bien qu'il n'ait fait transcrire qu'après lui.

Ici encore, je dirai : Comment Primus se prévaudrait-il de l'antériorité de sa transcription? Les mêmes obstacles qui l'arrêtaient, dans l'hypothèse précédente, s'élèvent encore contre lui : en faisant transcrire son acquisition, il n'a fait que publier et consolider le droit qu'il tenait de son contrat, il n'a point acquis un droit nouveau; or son contrat n'avait pu lui conférer un droit plus étendu que celui de Pierre, son auteur; et ce droit de Pierre, faute de transcription, était demeuré précaire et sujet à être anéanti par suite de toute aliénation consentie par Paul et dûment publiée. D'ailleurs, pour que la transcription requise par Primus pût être opposée à Secundus, il faudrait qu'elle fût publique à son égard, et elle ne l'est point : car Secundus ne pourra s'enquérir, aux bureaux du conservateur, que des transcriptions où Paul, son auteur, est dénommé; il lui sera impossible de découvrir celles où figure Pierre, qu'il ne connaît nullement.

Ici M. Verdier élève une objection fort spécieuse que lui fournit l'art. 6 de la loi de 1855. D'après cet article, la transcription faite par Primus, acheteur subséquent, aura effet contre Paul, vendeur originaire, et pourra lui être opposée : car, par l'effet de cette transcription, Paul pourra se trouver forclos et déchu de son privilége de vendeur. Or on ne comprendrait

Digitized by Google

pas, dit M. Verdier, pourquoi la transcription, requise par Primus, serait impuissante contre les ayants cause de Paul, alors qu'elle aurait toute sa force contre Paul lui-même. Nous répondrons à M. Verdier que cette distinction, qui lui paraît incompréhensible, découle, comme une conséquence naturelle, de cette autre distinction dont il ne méconnaîtra pas la justesse ; c'est que la vente consentie par Paul est parfaite vis-à-vis de lui, quoiqu'elle ne soit pas transcrite, tandis que, vis-à-vis de son ayant cause, elle est, faute de transcription, considérée comme non avenue. En d'autres termes, Paul ne peut alléguer le défaut de transcription, car il n'a pas besoin de transcription pour connaître une vente qu'il a lui-même consentie; l'ayant cause de Paul, au contraire, peut opposer la non-transcription de cette vente, parce qu'elle est demeurée clandestine à son égard [1].

Si ces décisions sont justes, elles conduisent en pratique à ce résultat, que l'acquéreur d'un immeuble ne peut le purger des droits clandestins établis par les divers propriétaires qui se le sont successivement transmis, qu'en faisant transcrire tous les actes translatifs qui, soumis à la transcription, n'ont pas encore reçu cette formalité. Cette obligation est fort onéreuse, j'en conviens; mais elle est, ce me semble, une conséquence forcée de cette mauvaise manutention des registres, qui permet au tiers de découvrir, non pas toutes les aliénations relatives à *tel ou tel immeuble*, mais seulement celles consenties par *tel ou tel individu*.

Et ce n'est pas là le seul inconvénient que présente cette organisation des bureaux hypothécaires : les ressemblances ou les identités de noms et de prénoms sont fréquentes ; d'un autre côté, il n'est pas rare que le nom d'un héritier diffère de celui de son auteur; il pourra donc arriver souvent que, dans le certificat relatif à un individu, le conservateur comprenne les transcriptions concernant des personnes homonymes, ou omette celles où figurent ses auteurs ou ses héritiers. Tous ces inconvénients disparaîtraient si, au répertoire par noms de personnes, on substituait ou l'on adjoignait un répertoire où un compte distinct serait ouvert à chaque parcelle de pro-

[1] M. Duverger, dans l'excellente étude qu'il vient de publier sur *l'effet de la transcription relativement aux droits du vendeur*, a déjà reproduit et réfuté ce passage du livre de M. Verdier.

Digitized by Google

priété. — Mais comment établir un tel répertoire ? comment réorganiser le cadastre et assurer une corrélation exacte entre les matrices cadastrales et les registres hypothécaires ?

Ce sont là des questions encore pendantes, et que M. Verdier n'a point jugé à propos d'aborder. Nous le regrettons d'autant plus, que ses connaissances approfondies sur la transcription et les difficultés pratiques qu'elle soulève, le rendaient aussi compétent que personne pour se prononcer sur ces graves problèmes. Trop modeste à notre gré et trop fidèle à ses habitudes professionnelles, il s'est renfermé dans le cercle des questions que l'avocat et le magistrat sont appelés à débattre et à résoudre. — Peut-être sera-t-il tenté de nous renvoyer ce reproche et de nous dire à son tour que nous avons critiqué son œuvre avec les préoccupations trop exclusives du théoricien et du professeur. Nous ne savons; mais ce dont nous sommes assuré, c'est de ne point nous être mépris quand nous signalions, au début de cet article, les qualités distinguées du livre de M. Verdier. Elles suffisent amplement pour assurer à cette œuvre, quoique signée d'un nom nouveau, un accueil favorable à l'École comme au Palais, et pour promettre à la science un jurisconsulte de plus. PAUL GIDE.

DES SCIENCES POLITIQUES ET ADMINISTRATIVES

ET DE LEUR ENSEIGNEMENT.

Par Émile LENOEL, docteur en droit, ancien secrétaire particulier du ministre de l'intérieur, ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avocat à la Cour impériale de Paris.

Compte rendu par M. A. BERTAULD,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

L'Académie des sciences morales et politiques avait proposé pour l'année 1863 le sujet de prix suivant :

« Déterminer les connaissances utiles aux administrateurs « qui peuvent être comprises dans l'enseignement public. Dis- « tinguer les aptitudes administratives qui semblent appeler « une instruction théorique et collective, d'avec celles qui se « développent mieux par le noviciat et la pratique.

Digitized by Google

« Étudier le développement, surtout depuis 1789, des insti-
« tutions qui ont été établies en France, pour préparer, par
« voie d'enseignement, soit à la connaissance des lois admi-
« nistratives en général, soit à certaines spécialités de l'admi-
« nistration publique.

« Comparer ces institutions dans leur état actuel avec celles
« qui sont en vigueur dans divers États de l'Europe et particu-
« lièrement en Allemagne.

« Rechercher, à l'aide de cette comparaison, les éléments
« d'extension et de transformation qui pourraient servir à amé-
« liorer, sous ce rapport, les institutions de la France. »

M. Émile Lenoel a été de ceux qui ont entrepris la tâche de répondre à l'appel de l'Académie, et il a conquis une récompense pour son travail distingué.

Ce travail, qui est devenu un bon livre, n'a pas besoin d'éloges pour attirer l'attention ; il se recommande par l'importance de son objet et par un très-sérieux mérite d'exécution. Sous ce double rapport, il a la consécration du plus imposant des témoignages ; il ne reste rien à faire pour lui. Si je n'ai pas perdu le droit de le louer, je dois au moins tenir l'exercice de ce droit pour inopportun, puisqu'il serait plus qu'oiseux [1].

Je me propose seulement d'indiquer quelques-unes des difficultés que l'auteur a rencontrées sur sa route ; je n'examinerai pas s'il les a abordées et surmontées toutes, ou si, au contraire, il n'a pas eu la prudence ou l'habileté d'en laisser de côté ; je lui sais assez de gré de ce qu'il a dit pour ne pas tenir trop de compte de ce qu'il a pu et dû peut-être omettre.

Les fonctions publiques ne sont-elles que le moyen de réaliser et d'appliquer la souveraineté sociale, de la rendre active et vivante, d'assurer l'efficacité et le profit des attributions du gouvernement ? Il est d'évidence qu'il convient de bien déterminer et de bien limiter le but avant d'essayer de préparer et d'approprier l'instrument destiné à son accomplissement.

L'État a-t-il titre pour substituer son activité à toutes les activités particulières ? S'il n'a pas titre pour les absorber toutes, s'il n'a pas même titre pour les soumettre toutes et sans distinction à son pouvoir, s'il ne peut régler que celles dont le déploiement compromettrait le principe d'égalité en oppri-

[1] V. d'ailleurs les excellents rapports de M. de Parieu et de M. Dumon, à l'Académie des sciences morales et politiques.

Digitized by Google

mant ou en entamant d'autres activités, elles aussi respectables, ou en troublant la sécurité générale, condition de l'activité de chacun et de tous, la nature et les bornes de sa mission exerceront de l'influence sur le nombre et la situation de ses employés, sur l'aptitude qu'il est nécessaire d'exiger d'eux et sur les garanties qu'ils doivent fournir.

L'individu et l'État, la liberté et l'autorité, voilà les riverains dont il importe de circonscrire exactement les domaines. Telle est au moins, dans la pensée d'esprits excellents, la question préalable.

Ce point de départ, considéré isolément, a paru digne d'efforts à plusieurs publicistes, et, sans blesser aucune susceptibilité, on peut affirmer que le problème n'est point encore entièrement résolu.

Les fonctions publiques ne sont-elles point un moyen de moralisation, d'éducation, d'attraction, de nivellement, une sorte d'échelle à degrés multipliés, à l'aide de laquelle le gouvernement, en ralliant à lui une infinie variété d'intérêts, discipline et hiérarchise les ambitions et les influences, les excite ou les comprime, mesure à chacune d'elles sa part de bien-être? Dans ce système, les fonctions publiques ne sauraient être trop abondamment distribuées, trop étagées; les développements et l'élasticité de leur cadre accroissent la force de la souveraineté sociale, favorisent son extension, pour ne pas dire encore ses empiétements, parce qu'en ce moment je ne veux rien préjuger.

La richesse du personnel, en donnant à l'ascendant gouvernemental plus d'auxiliaires, diminue les obstacles, épargne des résistances, puisque quiconque, de près ou de loin, immédiatement ou médiatement, est associé aux gouvernants ou est leur délégué, perd une partie de l'indépendance de ses mouvements.

Envisagées à ce point de vue, les fonctions publiques sont une aristocratie, très-graduée, que l'État ne saurait trop ouvrir, parce qu'il la crée et en dispose. A l'immense hiérarchie de cette organisation officielle, le gouvernement ne saurait imprimer trop d'unité d'esprit et de tendances; il ne doit la recruter que parmi des hommes jeunes qu'il aura en quelque sorte élevés et formés, qu'il aura imprégnés des mêmes doctrines, enveloppés dans l'atmosphère d'un même enseignement; alors il aura soin de réunir, pour subir l'épreuve du noviciat,

Digitized by Google

tous les candidats au sein d'une école centrale d'administration, d'où sortiront, avec les chances diverses de leur valeur propre et de la valeur de leur entourage, tous les administrateurs du pays.

M. Émile Lenoel, qui analyse et apprécie consciencieusement les principaux régimes de préparation proposés en France et à l'étranger, conclut en faveur d'une école centrale d'administration à Paris et n'exige pour condition d'admission qu'un diplôme de licencié en droit et vingt-deux ans comme limite d'âge.

Je ne crois pas que le judicieux auteur en adoptant cette conclusion se soit assez préoccupé, d'une part, de la surexcitation d'aspirations administratives que ne manquerait pas de produire dans la jeunesse cette concentration de toutes les candidatures ainsi enrégimentées, et, d'autre part, de la tentation à laquelle serait sans cesse exposé le gouvernement de vouloir utiliser, après les avoir façonnés, tous les éléments qui seraient ainsi venus se mettre à la disposition de son pouvoir, en attendant de lui leur avenir.

M. Lenoel, qui cite souvent M. de Tocqueville, est-il bien resté fidèle, dans cette partie de son travail, à l'inspiration de l'éminent et si regretté publiciste? C'est surtout au point de vue de l'instruction générale que les fonctionnaires publics ont besoin de n'être les inférieurs de personne, et cette instruction générale (j'entends parler de l'instruction littéraire, juridique et politique), on peut la puiser dans tous les grands centres, partout où il y a des Facultés des lettres, des sciences et de droit. Les Facultés de droit ne seront des Facultés répondant entièrement à leur destination qu'autant qu'elles s'enrichiront de chaires de droit public et d'économie politique. Avec ce complément indispensable et avec l'extension de la durée des études, elles seront en mesure, réunies aux Facultés des lettres et des sciences, de fournir toutes les notions essentielles et fondamentales que suppose l'exercice intelligent de celles des fonctions publiques qui ne s'appliquent pas à des intérêts trop spéciaux et trop techniques.

Dans un rapport du 31 mai 1849, dont elle m'avait confié la rédaction, la Faculté de droit de Caen disait, en répondant à M. le ministre de l'instruction publique :

« Nous n'avons point à nous prononcer sur les conséquences

Digitized by Google

« politiques de la création d'une école centrale d'administra-
« tion; toutefois, sans sortir de la réserve que la nature de
« cette question nous impose, nous pouvons affirmer qu'une
« seule école ne suffirait pas pour répondre aux exigences de
« notre constitution démocratique. En effet, le développement
« des études administratives n'a pas seulement pour objet de
« préparer et de fournir à nos services publics des agents
« éclairés. Aujourd'hui le pays entier est appelé à la gestion
« de ses intérêts, à la vie politique; tous les citoyens doivent
« exercer par leur opinion, par leur vote, une part d'influence
« sur la direction des affaires, sur la marche du pouvoir; il im-
« porte donc que chacun connaisse le mécanisme, le jeu de nos
« institutions, qu'il tâche de se rendre compte des conditions
« sous lesquelles elles fonctionnent, des garanties qu'elles
« offrent à ses droits et à ses intérêts. Ces institutions ne se-
« ront bien pratiquées qu'autant qu'elles seront en quelque
« sorte vulgarisées et rendues accessibles à toutes les intelli-
« gences; le jour où elles seront popularisées par l'enseigne-
« ment, elles seront moins sujettes à ces révolutions subites
« qui ne corrigent pas, mais qui renversent et détruisent.

« Utiles aux électeurs, les notions administratives sont
« indispensables aux élus, qu'un mandat de confiance place
« dans les conseils de la commune et du département; et les
« fonctions électives ne peuvent assurément comporter aucune
« condition de noviciat.

« La connaissance des règles de l'administration n'est-elle
« pas d'ailleurs le meilleur, le plus solide lien entre les admi-
« nistrations et les administrés, puisqu'elle prévient tout à la
« fois et les abus de la part du fonctionnaire et ces accusations
« indiscrètes que l'ignorance multiplie bien plutôt encore que
« l'oubli des devoirs et la mauvaise foi?

« Dût-il y avoir une école centrale d'administration, il
« semble que cette école ne devrait pas avoir le privilége ex-
« clusif d'ouvrir toutes les carrières administratives et de con-
« férer, sans concurrence, l'aptitude aux fonctions rétribuées.

« Les Facultés de province doivent fournir la facilité d'une
« instruction appropriée à tous les États libéraux et à toutes
« les situations politiques.

« Si l'enseignement du droit public et administratif était
« concentré à Paris, s'il était circonscrit dans l'enceinte d'une

Digitized by Google

« unique école, le pays serait déshérité des services de tous « ceux qui ne pourraient supporter les frais de déplacement « considérables, ou que leurs familles voudraient soustraire « aux agitations et aux dangers d'une capitale. Cependant les « hommes qui auraient toujours été en contact avec les intérêts locaux, qui ne se seraient jamais isolés des mœurs de la « province natale, seraient peut-être les hommes qui offriraient « le plus de garantie à leurs concitoyens. »

L'opinion collective que je fus alors chargé d'exprimer est encore pour moi la vérité. Ce n'est pas que j'aie de systématiques antipathies contre la centralisation qui, réduite à ce qu'elle doit être, n'est que le maintien de l'unité de la souveraineté sociale; mais l'intérêt de la souveraineté sociale n'est pas compromis lorsqu'au lieu d'envoyer pour ses organes des hommes sortis en quelque sorte de son sein et échauffés de son souffle, le gouvernement les choisit mûrs à travers tout le pays, au milieu des carrières les plus diverses, pour les élever à l'honneur de le représenter. Je préfère aux fonctionnaires instruits *ad hoc*, dotés d'une seconde et artificielle nature, les hommes qui se sont faits seuls et qui avant de songer à mettre la main à la destinée collective ont été les ouvriers de leur destinée individuelle.

Sans m'expliquer sur toutes les parties d'une définition de M. Guizot, que M. Émile Lenoel a critiquée, j'admets au moins qu'elle est exacte en tant qu'elle assigne à l'administration le rôle de faire remonter vers le pouvoir central les forces de la société, soit en hommes, soit en argent. — Je crains que les fonctionnaires, qui le sont presque par droit de naissance et en vertu d'une espèce de prédestination, ne croient qu'ils appartiennent à un monde à part, tandis qu'ils doivent être les hommes de tout le monde et ne se séparer des gouvernés que par leur supériorité morale et intellectuelle comme gouvernants. L'identité d'origine pour tous les agents de l'organisme administratif ferait d'eux une vraie famille qui aurait les services publics pour patrimoine, et qui, à travers toutes les révolutions, s'imposerait, comme un droit acquis, à tous les gouvernements successifs.

Je serais fort injuste pour M. Émile Lenoel si je l'accusais de n'avoir tenu aucun compte de ces idées; s'il s'en est écarté sur le point très-important que je signale, il leur a rendu hom-

Digitized by Google

mage en soutenant contre l'un de nos plus libéraux publicistes, M. Laboulaye, qu'au moins pour le droit l'enseignement ne doit point varier suivant qu'il s'adresse à de futurs magistrats ou à de futurs administrateurs.

M. Laboulaye avait écrit :

« Il faut sans doute à l'administrateur des études juridiques, « puisqu'il applique les lois; *mais ces études ne sont pas tout « à fait celles d'un jurisconsulte, car c'est sur un tout autre « terrain qu'il agit.* Il y a sans doute des objets d'enseigne- « ment communs, le droit civil, le droit commercial, le droit « public, mais, sans compter que ces objets communs sont les « moins nombreux, il est vrai de dire qu'ils demandent *à être « professés tout différemment pour les administrateurs que pour « les jurisconsultes*, si l'on ne veut pas fausser l'administration. « *Bon légiste*, médiocre administrateur. Cette assertion peut « paraître paradoxale; mais à la réflexion on la trouve juste; « c'est ce qu'en Allemagne on a parfaitement senti lorsque l'on « a créé des Facultés d'administration. »

M. Lenoel répond : « Eh bien! j'en demande pardon à « M. Laboulaye, mais plus je réfléchis à sa formule, qui résume « admirablement sa pensée, *bon légiste, médiocre administra- « teur*, plus je la trouve dangereuse, plus je m'afflige de voir « un homme de droit et de liberté, comme M. Laboulaye, pro- « fesser une telle hérésie.

« Comment! il y aurait *deux droits*, le droit du pauvre légiste, « que M. Laboulaye ne ménage pas, et le droit de l'adminis- « trateur, dont M. Laboulaye se fait avec raison une haute « idée! Il y aurait deux manières d'envisager la loi, deux ma- « nières de l'enseigner, deux manières de l'appliquer! Les avo- « cats et les magistrats auraient la leur, les administrateurs « en auraient une autre à leur service. Mais que devient dans ce « système le respect absolu de la loi, qui est notre sauvegarde « à tous, et qui lie d'autant plus les hommes qu'ils ont plus « d'occasions de la rencontrer et plus de puissance pour la « violer? »

Toutes mes préférences sont pour la thèse de M. Lenoel, auquel je reproche seulement de l'avoir oubliée quand il a demandé la création à Paris d'une grande pépinière administrative.

A. BERTAULD.

Digitized by Google

NÉCROLOGIE.

M. NICIAS GAILLARD.

La Cour de cassation vient de faire, en la personne de M. le président Nicias Gaillard, une perte qui sera particulièrement sensible aux lecteurs de la *Revue*. Nul ne lui apportait un concours plus dévoué; nul n'était plus assidu aux réunions de son comité. Les dernières lignes que sa main traçait quand la mort l'a glacée, étaient destinées à cette livraison même.

Le temps nous a manqué pour rassembler les éléments d'une appréciation de cette vie si noblement remplie. Nous acquitterons prochainement cette dette envers une mémoire vénérée. En attendant, nous publions la lettre suivante, où un magistrat, ancien auxiliaire de M. Nicias Gaillard, a consigné ses souvenirs. L. DE VALROGER.

MONSIEUR LE DIRECTEUR,

Le recueil que vous dirigez n'est pas seulement une sorte de tribune judiciaire destinée à mettre au jour tout ce qui peut appartenir à la science et aider à ses progrès; vous avez trop bien compris la mission de cette *Revue* pour ne pas ouvrir aussi l'hospitalité de ses feuilles à tous les actes, à tous les souvenirs qui, de près ou de loin, se rattachent à l'honneur de la magistrature ou du barreau, et qui peuvent offrir ainsi quelque intérêt à vos lecteurs. J'ose donc espérer que vous voudrez bien insérer ma lettre dans votre recueil, quelque faible que soit pour elle le patronage qu'elle peut recevoir de ma seule signature.

La magistrature vient de faire une perte bien grande. La Cour de cassation est en deuil d'un magistrat qui fut, assurément, une de ses plus hautes lumières. M. Nicias Gaillard, président de la chambre des requêtes, vient de terminer, sous le poids peut-être de ses travaux, une carrière dans laquelle,

Digitized by Google

durant plusieurs années encore, il aurait pu rendre d'éminents services.

A d'autres plus compétents, monsieur le Directeur, il appartiendra de dire dignement, dans les feuilles de votre *Revue* surtout, ce que fut cette riche nature qui réunissait des facultés qui semblent s'exclure, c'est-à-dire le don, en quelque sorte, inné de l'érudition, j'oserais dire l'intuition même de la science, l'aptitude éminente à s'assimiler les conquêtes du passé, en les classant, avec ordre, dans les vastes magasins d'une mémoire toujours ouverte et qui ne laissait rien fuir, au privilége, plus rare encore peut-être, d'élever, toujours sans effort, sa pensée, écrite ou parlée, en la vêtissant d'une forme aussi correcte que précise, et, au besoin, aussi imagée que lumineuse. D'autres enfin diront quel fut ce magistrat d'une science si sûre et d'une pureté si puissante, qui ajoutait à la séduction de son talent l'autorité d'un caractère qui rappelait les plus beaux noms de la magistrature.

Je ne m'attribue qu'un devoir plus modeste : Je viens profiter de l'indulgente hospitalité de votre feuille, monsieur le Directeur, pour acquitter une dette de mon cœur. Je viens indiquer, en quelques mots, ce que fut M. Nicias Gaillard, dès son début dans la magistrature, dans son trop rapide passage dans la direction du parquet de la Cour de Poitiers. Le silence aujourd'hui serait, ce me semble, une sorte d'ingratitude pour ceux qui, comme moi, ont eu le bonheur de l'avoir alors pour Directeur de leurs travaux, et qui ont pu apprécier tout ce qu'il y avait d'attachantes qualités chez cet homme excellent. Ce que je me permettrai de revendiquer comme un droit presque personnel, ce sera celui de faire entendre un faible, mais reconnaissant témoignage qui est pour moi une dette de cœur.

A l'époque où, sous la direction plus nominale qu'effective de M. le procureur général Gilbert Boucher, alors réduit par sa mauvaise santé à l'impuissance presque absolue d'agir par lui-même, M. Nicias Gaillard prit l'administration du parquet de la Cour de Poitiers, les hommes et les choses, dans les contrées circonscrites dans ce ressort, offraient des difficultés qu'il ne serait pas juste, aujourd'hui, de méconnaître. Au lendemain d'une révolution, celle de 1830, qui, dans les régions de l'Ouest, avait ravivé avec les souvenirs du passé ceux de la guerre civile, l'imagination des partis, comme il arrive

Digitized by Google

toujours, pouvait exagérer ces difficultés. Elles étaient réelles pourtant, dans une certaine mesure. M. Nicias Gaillard fut du nombre, trop restreint peut-être, de ceux qui surent les étudier avec conscience, les envisager avec calme et les résoudre avec courage et modération. D'une bienveillance inaltérable, d'une courtoisie aussi loyale dans les procédés qu'exquise dans la forme envers les personnes, il se montra constamment animé d'un esprit d'impartialité dans les choses si irréprochable qu'il dut désarmer les préventions les plus obstinées. Sa haute valeur personnelle ajoutait une autorité toute-puissante à celle de ses fonctions, et aux intentions si pures qu'on ne pouvait, sans iniquité, ne pas lui reconnaître.

Je pourrais en appeler à cet égard, monsieur le Directeur, aux souvenirs de ceux qui furent, à cette époque, mes collègues, soit comme dirigeant les divers parquets de première instance du ressort de Poitiers, soit à Poitiers même, au sein de la Cour. Je crois être en droit de le dire : chacun de nous, dans sa sphère d'action au moins, a pu recueillir à cet égard des souvenirs qui ne donneraient pas de démentis aux miens.

Certes, monsieur le Directeur, la lettre que je prends la liberté de vous adresser ne contient qu'un souvenir de bien peu de valeur, puisque ce n'est que celui d'un ancien procureur du roi de Rochefort, de 1836 à 1842, et la mémoire de l'illustre magistrat que nous pleurons tous n'a pas besoin de mon obscur témoignage. Mais si, en le produisant, je parais peut-être manquer aux lois qu'un certain respect humain impose à la modestie, j'aime mieux risquer d'encourir à quelques yeux ce reproche, si immérité qu'il soit pourtant devant ma conscience, que de ne pas obéir à l'inspiration de celle-ci pour m'acquitter, même au prix d'une fausse honte, d'une dette sacrée de mon cœur.

Daignez agréer, monsieur le Directeur, l'hommage des sentiments les plus distingués de votre obéissant serviteur,

GIRARD DE VASSON,

Président du tribunal civil de Napoléon-Vendée.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière commerciale.

FAILLITE. — COMPENSATION. — CESSION DE CRÉANCE.

Par M. G. Genreau, substitut du procureur général
à la Cour impériale de Paris.

La Cour de Paris était récemment saisie, en matière de faillite, d'une question intéressante, qu'aucun auteur, à notre connaissance, n'a examinée, et qu'un seul arrêt rapporté dans les recueils avait résolue. Elle l'a tranchée dans le même sens que cet arrêt, rendu en 1853 par la Cour d'Orléans; nous doutons fort que cette solution soit conforme aux principes.

Il s'agissait de savoir si, dans les dix jours qui précèdent la mise en faillite d'un commerçant, l'un de ses débiteurs peut valablement se faire céder par l'un de ses créanciers les droits de celui-ci, de manière à opposer à la faillite la compensation légale.

En fait, le 17 octobre 1861, Miston achetait de Baillet des farines pour 25,000 francs, payables comptant, et en restait débiteur. Le 20 octobre, il se faisait céder par Dethan une créance de 25,000 francs, liquide et exigible, sur Baillet; le lendemain il faisait enregistrer sa cession et la notifiait au débiteur cédé. Le 19 novembre suivant, Baillet était déclaré en faillite; un jugement ultérieur reporta la cessation des payements à la date du 26 octobre, postérieure de six jours seulement à la cession. La compensation légale s'était-elle opérée, et était-elle opposable à la faillite? Les deux arrêts ont répondu négativement.

Les motifs de ces deux arrêts peuvent se résumer ainsi :

1. — L'article 446 du Code de commerce, sainement interprété, prohibe une telle compensation, qui est purement conventionnelle;

2. — Il y a fraude de la part du créancier qui, prévoyant la faillite du commerçant, se fait rembourser sa créance par un débiteur de ce commerçant, la lui transporte, et lui procure ainsi un moyen de compensation opposable à la faillite[1].

[1] L'arrêt d'Orléans est rapporté dans le *Recueil périodique* de Dalloz, XXVI.

Digitized by Google

J'essayerai de démontrer que ces propositions sont, l'une et l'autre, inexactes, et que la vérité réside précisément dans les deux propositions contraires, consistant à dire que cette opération juridique n'est prohibée ni par la loi des faillites ni par le droit commun.

1853, 2, 167. — Voici le texte de l'arrêt de la quatrième chambre de la Cour de Paris, du 18 janvier 1865, qui est encore inédit :

Considérant que, si le jugement déclaratif de faillite ne réagit pas sur la compensation qui s'est opérée de plein droit, dans les dix jours qui l'ont précédée, entre deux dettes également liquides et exigibles, il n'en est pas de même lorsque cette compensation serait le résultat de conventions intervenues entre un créancier et un débiteur du failli, connaissant l'un et l'autre le mauvais état de ses affaires, et qui, pour échapper aux conséquences d'une faillite imminente et prochaine, se sont proposé de réunir dans les mêmes mains une créance et une dette, afin d'éteindre l'une par l'autre ; — que l'article 446 du Code de commerce, qui interdit après la cessation des payements ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque les délégations ou dations de créances en payement, n'atteint pas seulement les actes directs, mais aussi les combinaisons préparées pour obtenir par des voies détournées des résultats contraires à ces dispositions, et pour éteindre une dette du failli à l'aide d'une de ses créances; — que si les conventions faites dans ce but pouvaient être maintenues par cela seul qu'elles seraient intervenues, non plus entre le failli et un de ses créanciers, mais entre celui-ci et un débiteur du failli, les dispositions de l'article 446 pourraient être facilement éludées par des actes concertés entre des créanciers et des débiteurs d'un commerçant à la veille d'être déclaré en état de faillite pour enlever à la faillite une partie de son actif et se mettre ainsi à l'abri de la perte commune ;

Que de pareils actes doivent être annulés, surtout lorsqu'il résulte, comme dans l'espèce, de la correspondance et des documents produits, que le transport par Dethan frères de leur créance à Miston, débiteur de Baillet, a eu lieu pour faire fraude à la loi et pour avantager Dethan frères au préjudice des autres créanciers ; — qu'il est établi en effet que Dethan frères, créanciers de sommes plus importantes, n'avaient pu en obtenir le payement ; — que la facture relative à la créance objet du transport avait été persécutée et non acquittée ; — qu'une sommation de payer, signifiée à Baillet le 19 octobre, était également restée sans effet ; — que le transport fait le lendemain 20 octobre, et au moyen duquel Dethan frères recevait d'un débiteur de Baillet un payement que celui-ci n'aurait pu lui faire valablement, doit donc être annulé comme le serait un payement ou une délégation directe qui lui auraient été consentis par le failli dans les dix jours qui ont précédé la cessation des payements ; — que Dethan frères et Miston ne peuvent donc se prévaloir de ce transport et l'opposer à la demande en payement de la somme de 25,972 fr. 25 cent., formée contre Miston par le syndic de la faillite Baillet ;

Confirme.

Digitized by Google

SECTION Ire.

CETTE COMPENSATION EST-ELLE PROHIBÉE PAR LA LOI DES FAILLITES?

Qu'est-ce que la compensation? C'est l'extinction réciproque, jusqu'à due concurrence, de deux dettes également liquides et exigibles, que la loi elle-même opère entre deux personnes dont chacune est créancière et débitrice de l'autre. Une dette est liquide quand elle est certaine dans son principe et dans sa quotité, *quum certum est an et quantum debeatur*. Après la déclaration de faillite, les créances et les dettes du failli ne sont plus de même nature; tandis que ses créances subsistent intégralement, ses dettes sont dépréciées, réduites à de simples dividendes, incertaines dans leur chiffre; elles ont cessé d'être liquides, et ne peuvent plus se prêter à compensation. En outre, le sort de tous les créanciers est alors irrévocablement fixé; ils ont perdu l'exercice de leurs droits individuels, et notamment du droit de recevoir un payement; un syndic les représente, l'égalité doit régner entre eux, et aucun d'eux ne peut se faire attribuer, directement ou indirectement, son payement intégral. Donc, après la déclaration de faillite, nulle compensation n'est plus possible entre les créances et les dettes du failli [1].

En est-il de même pour la période de dix jours qui précède la cessation des payements? Ici, bien que la ruine soit imminente, le commerçant fait encore honneur à ses engagements et paye ses dettes intégralement; les deux créances sont donc de même nature, et susceptibles d'être compensées l'une par l'autre. En outre, le commerçant n'est pas encore dessaisi de l'administration de ses biens; s'il a une créance exigible, il a le droit d'en recevoir le montant de son débiteur et de lui en donner valable décharge; s'il a une dette exigible, il a le droit de l'acquitter aux mains de son créancier, sans que celui-ci puisse jamais être exposé à restituer à la masse la somme qu'il

[1] « Debitoris decocti non possunt propria debita cum ejus debitis compensare in prejudicium aliorum creditorum; sed, solutis priùs eorum debitis, pro eorum creditis tenentur postmodum actionem promovere in judicium concursùs, ad effectum obtinendi graduationem » (Casaregis, disc. 71, nos 23 et 24). — V. Cassation, ch. civ., 24 novembre 1841 (D. P., 1842, 1, 40), et Req. 8 avril 1845 (D. P., 1845, 1, 248); — M. Massé, *Droit com.*, IV, n° 2306; — M. Larombière, sous l'article 1291, n° 27.

Digitized by Google

aura ainsi reçue. S'il en est ainsi, quelle est la loi qui l'empêche de faire et de recevoir par compensation le payement qu'il aurait le droit de faire et de recevoir en espèces?

Plusieurs textes, dit-on : l'article 446, l'article 447, les articles 597 et 598, et un principe, l'égalité entre les créanciers. Examinons ces divers points successivement.

§ 1. — *Article* 446.

Cet article, considéré dans son texte et entendu dans son esprit, applique, dit-on, une présomption générale de fraude à tout mode de payement fait autrement qu'en espèces, non-seulement par le débiteur failli, mais encore en dehors de lui et par l'effet d'une convention entre l'un de ses créanciers et l'un de ses débiteurs; et la compensation qui résulte d'un tel contrat est purement conventionnelle et ne peut, à la différence de la compensation légale, produire ici un payement libératoire.

Ces motifs de l'arrêt d'Orléans, adoptés par l'arrêt de Paris, sont-ils bien fondés? Il est permis d'en douter et de croire qu'aucun d'eux ne résiste à une exacte analyse.

L'article 446 est ainsi conçu : « Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque..., tous payements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues; et, pour dettes échues, tous payements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce... »

Les deux arrêts s'emparent de ce mot « *compensation* » inséré dans l'article 446; ils l'appliquent à une hypothèse toute différente, et ils en déduisent la nullité du contrat intervenu entre l'un des créanciers du commerçant et l'un de ses débiteurs. Cette doctrine est-elle légitime? On va en juger.

Quelle est ici la prévision de la loi? C'est une fraude du commerçant près de faillir, consistant à faire à l'un de ses créanciers une situation préférable à celle des autres.

Quel a été le but de la loi? D'empêcher cette fraude en frappant certains actes du failli d'une présomption de nullité qui les atteignît plus sûrement que l'action révocatoire édictée par l'article 1167 du Code Napoléon.

Digitized by Google

Quel est, en conséquence, son texte? « Sont nuls et sans effet, lorsqu'ils ont été faits *par le débiteur*, tous payements, etc. »

Ainsi, l'hypothèse prévue, le but à atteindre, le moyen employé, tout est précis, déterminé, exceptionnel. C'est le failli dont la loi se défie, ce sont ses actes qu'elle frappe, dans certains cas, de nullité. L'article 446 n'est autre chose que le développement du principe ainsi formulé par Casaregis : « Decoctus, seu decoctioni proximus, nihil agere potest in præjudicium suorum creditorum. » (Disc., 135, n° 4) [1].

Non-seulement l'article 446 ne peut être appliqué qu'à des actes émanés du failli, mais il ne peut l'être qu'à des actes volontaires de sa part. La jurisprudence a établi, en ce sens, que

[1] Les origines de la loi ne sont pas moins concluantes.

L'article 13 du règlement du 2 juin 1667 pour la ville de Lyon portait que toutes cessions et transports sur les effets du failli seraient nuls s'ils n'avaient été faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue; « ce qui est fondé, dit Ferrière (sur la Coutume de Paris, art. 108, § 1, n° 21), sur l'action paulienne introduite en faveur des créanciers, pour révoquer, casser et annuler tous les contrats et aliénations faites *par leurs débiteurs* pour les priver de leur dû. »

L'article 4 de l'édit du mois de mars 1675 (Isambert, t. XIX, p. 104) était ainsi conçu : « Déclarons nuls tous transports, cessions, ventes et donations de biens meubles ou immeubles, faits en fraude des créanciers; voulons qu'ils soient rapportés à la masse commune des effets. » Cette disposition était ainsi interprétée dans la déclaration du 18 novembre 1702 : « Il ne laisse pas de se commettre souvent de très-grands abus dans les faillites des marchands par des cessions, transports, obligations et autres actes frauduleux, soit d'intelligence avec quelques-uns de leurs créanciers, ou pour supposer de nouvelles dettes, et par des sentences qu'ils laissent rendre contre eux à la veille de leur faillite, à l'effet de donner hypothèque et préférence aux uns au préjudice des autres..... Il y aurait moins de lieu à la fraude s'il y avait une règle uniforme pour tout le royaume, et un temps prescrit dans lequel les cessions, transports et tous actes qui se faisaient *par les marchands débiteurs* seraient déclarés nuls, même les sentences qui seraient rendues contre eux. A ces causes, déclarons et ordonnons que toutes cessions et transports sur les biens des marchands qui font faillite seront nuls et de nulle valeur s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue, etc. »

Enfin le texte ancien du Code de commerce était conçu dans le même esprit; les articles 446 et 447 n'étaient que la suite des articles 444 et 445, qui contenaient ces mots « *faits par le failli* » et ceux-ci : « *contractés par le débiteur*, » et, de l'aveu de tous les auteurs, ils ne s'appliquaient qu'aux payements faits par le failli. Au surplus, ces mots du texte nouveau de l'article 446 « *par le débiteur*, » excluent toute controverse.

Digitized by Google

les nullités édictées par les articles 446 et 447 ne portent pas atteinte au partage intervenu entre lui et ses cohéritiers ou communistes [1], aux hypothèques légales [2], ni aux aliénations résultant de condamnations prononcées par justice [3].

Aussi la compensation prohibée par l'article 446 n'est-elle pas la compensation légale, mais simplement la dation en payement. En effet, l'article 446 prohibe « *le payement par compensation de dettes non échues;* » et, pour les dettes non échues, il ne peut être question de compensation légale. Lors de la discussion de la loi de 1838, un député, M. Parès, a fait remarquer qu'il est mauvais et dangereux d'employer ainsi dans la loi un terme en dehors de son sens rigoureux et vrai; cette observation, acceptée par tout le monde, a amené cette réponse du président, « que l'article 446 ne parle que de compensation conventionnelle; » et c'est en ce sens seulement que ce mot a été maintenu dans la loi, au lieu du mot « dation en payement » qui seul eût été exact [4].

Enfin, l'article 446 n'ayant en vue que les dettes non échues, ne déclare nuls que les payements anticipés, de quelque manière qu'ils aient été faits; quant aux dettes échues, il autorise tacitement le failli à les payer en espèces ou effets de commerce, et par là même il valide, dans l'intervalle des dix jours, les payements par compensation, qui sont véritablement des payements en espèces, et qui, de plus, sont des payements forcés, s'accomplissant de plein droit, *etiam invito ad invitum*.

Tous ces principes sont certains; il est bien facile d'en tirer les conséquences sur la question de savoir si le débiteur du commerçant près de faillir, devenu cessionnaire d'une créance égale contre lui, a le droit d'invoquer la compensation et de soutenir que sa dette antérieure est éteinte.

L'article 446 ne s'applique qu'à des actes du failli : or la cession de créance qui est l'origine de la compensation est étrangère au failli, et il ne l'a connue que par la notification qu'il en a reçue.

[1] Colmar, 19 janvier 1856 (Dev., 1856, 2, 392).

[2] Cassation, 7 novembre 1848 (Dev., 49, 1, 121); 20 février 1850 (Dev., 50, 1, 185). — Colmar, 20 novembre 1855 (Dev., 56, 2, 580).

[3] Bourges, 14 juillet 1851 (Dev., 51, 2, 737). — Paris, 24 décembre 1849 (Dalloz, 50, 2, 195), et 11 avril 1853 (Dev., 53, 2, 227).

[4] Duvergier, *Col. des lois*, 1838, p. 374. — Metz, 16 juillet 1845 (D., 1846, 2, 14).

Digitized by Google

L'article 446 ne s'applique qu'à des actes volontaires du failli : or il n'a pas concouru à cette cession, il n'avait pas même le droit de l'empêcher; le concours du débiteur cédé étant inutile pour une cession de créance, comment pourrait-on opposer comme obstacle à cette cession l'incapacité du débiteur failli d'y concourir?

L'article 446 ne s'applique qu'aux payements faits par le failli, et non aux payements reçus par lui : or, par l'effet du contrat intervenu entre son créancier et son débiteur, le failli a reçu un payement et n'en a fait aucun; au moment de la cession, le cessionnaire a fait un payement en son acquit, ce que l'article 446 n'interdit nullement aux tiers; quand ensuite le cessionnaire invoque la compensation, le failli qui la subit ne fait pas un payement, il en reçoit un au contraire, et nul texte de loi n'interdit au failli de recevoir un payement, et d'en donner valable décharge, dans les dix jours qui précèdent sa faillite.

L'article 446 ne s'applique qu'à la dation en payement improprement appelée compensation : or, quoi qu'en ait dit l'arrêt d'Orléans, le contrat intervenu entre le créancier et le débiteur du failli donne naissance à une compensation légale, qui s'opère de plein droit, quand même le débiteur serait incapable de faire un payement et le créancier incapable de le recevoir.

Enfin, l'article 446 ne prohibe le payement par compensation que pour les dettes non échues; pour les dettes échues, il en autorise le payement en espèces et, par une conséquence nécessaire, le payement par compensation légale dans les dix jours : or, dans notre hypothèse, il s'agit de deux dettes échues et exigibles.

Ainsi, à aucun point de vue, l'article 446 ne peut être invoqué dans la question. Il édicte certaines nullités, et ces nullités ne peuvent être étendues. Il prononce contre le failli seul l'incapacité de faire valablement certains actes, et cette incapacité ne peut être, par interprétation, appliquée à des tiers. Il statue sur des actes du failli, sans se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers qui ont reçu de lui leur payement; et ce serait en faire une étrange application que de se fonder sur la mauvaise foi des tiers pour annuler un contrat intervenu en dehors du failli.

Digitized by Google

Peut-on d'ailleurs invoquer son esprit pour briser les limites de son texte? Peut-on dire, avec l'arrêt d'Orléans, « qu'il a dû « nécessairement étendre sa sévérité sur les moyens détournés « de favoriser un créancier; que le mode de payement qu'il « prohibe pour les dettes non échues ne doit pas davantage « être admis pour les dettes échues; qu'autrement il resterait « privé de sanction et pourrait être impunément éludé par les « tiers? » Ce n'est pas là une interprétation légitime, mais une extension abusive et, par suite, une violation véritable de la loi; la matière est de droit étroit et ne comporte aucune latitude d'appréciation. La Cour d'Orléans l'avait reconnu elle-même, avec une parfaite justesse, dans un précédent arrêt : « Les dispositions rigoureuses de l'article 446 ne doivent pas être étendues à d'autres faits que ceux expressément prévus par ce texte de loi [1]. »

A défaut de l'article 446, désormais démontré inapplicable, existe-t-il dans la loi commerciale, soit un texte, soit un principe, qui mette obstacle à la compensation dont la validité est contestée? On a invoqué d'abord l'article 447, puis les articles 597 et 598, enfin le principe de l'égalité entre les créanciers. Il est facile de démontrer que ni ces textes ni ce principe n'ont rien à faire dans la question qui nous occupe.

§ 2. — *Article* 447.

Quelle est la période légale régie par l'article 447? C'est, expressément et uniquement, la période postérieure à la cessation des payements; le texte porte : « *après la cessation des payements;* » et la jurisprudence a toujours refusé d'étendre l'application de cet article à la période antérieure [2].

Quelle est la disposition de l'article 447? la faculté pour le juge de prononcer la nullité des actes passés avec un tiers qui connaissait la cessation des payements; et la Cour de cassation a cassé un arrêt qui, considérant ce texte comme impératif, portait que cette nullité, dans un tel cas, devait nécessairement être prononcée [3].

Ainsi, après la cessation des payements, le payement

[1] Orléans, 16 juin 1852 (*J. P.*, 1852, 2, 272).

[2] Lyon, 16 mai 1849 (Dalloz, 1850, 2, 85). — Orléans, 16 janvier 1861 (Dalloz, 1861, 5, 225). — Cassation, 14 avril 1863 (Dalloz, 1863, 1, 293).

[3] Cassation, ch. civ., 24 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 71).

Digitized by Google

d'une dette échue peut, si le créancier connaissait la ruine consommée de son débiteur, être, s'il y a lieu, annulé par le juge : d'où cette conséquence nécessaire qu'avant la cessation des payements le payement d'une dette échue ne peut, quand même le créancier eût connu la ruine imminente de son débiteur, être annulé par justice en vertu des règles spéciales des faillites, et qu'il doit être maintenu s'il est conforme aux principes de droit commun [1].

§ 3. — *Articles 597 et 598.*

Les articles 597 et 598 ne peuvent être plus utilement invoqués. Ils annulent et punissent les conventions qui attribuent à l'un des créanciers un avantage à la charge de l'actif du failli; et par là même ils se placent expressément dans l'hypothèse d'une faillite déclarée. La jurisprudence est fixée en ce sens que la prohibition n'atteint que les avantages particuliers stipulés par un créancier postérieurement à la cessation des payements du failli; et un arrêt a été cassé pour n'avoir pas pris soin de constater si les avantages particuliers qu'un tiers s'était fait attribuer avaient ou non été stipulés après l'époque de la cessation des payements [2].

§ 4. — *Principe d'égalité.*

Enfin l'égalité entre les créanciers est un principe qui ne doit pas être étendu hors de ses limites légitimes. Cette égalité est, assurément, le but essentiel de la législation des faillites; mais on ne peut invoquer le but de la loi pour faire violence à son texte, quand ce texte est précis et limitatif. Cette égalité a été le vœu du législateur; mais les seuls moyens qu'il ait employés pour le réaliser consistent dans les nullités édictées par les articles 446 et 447, et ces nullités, qui n'atteignent pas notre espèce, ne peuvent être étendues. A quel moment commence l'empire de cette règle d'égalité? à la date de la cessation réelle des payements, et, pour certains actes, à la date des dix jours qui la précèdent; c'est cette date « que la loi a assignée pour point de départ à l'incapacité de la personne et à

[1] Orléans, 16 janvier 1861. — Cassation, 14 avril 1863.

[2] Cassation, 17 avril 1849 (Dalloz, 1849, 1, 216). — Cassation, 20 juin 1849 (Dalloz, 1850, 1, 83).

Digitized by Google

l'indisponibilité des biens du failli[1], » et par suite à l'obligation pour ses créanciers de subir une contribution proportionnelle aux pertes qui résultent de l'état de faillite. Jusqu'à cette heure, malgré la ruine imminente, les choses sont entières au point de vue légal; les créanciers sont maîtres de leurs droits, et les payements qu'ils ont reçus ne peuvent être critiqués sous prétexte d'égalité.

Ainsi, ni l'article 446, ni l'article 447, ni les articles 597 et 598, ni le principe d'égalité n'empêchent le commerçant qui va tomber en faillite de payer, dans les dix jours qui précèdent la cessation de ses payements, une dette échue, soit en espèces, soit par compensation, à un tiers qui prévoit sa faillite imminente. S'il peut ainsi se libérer et diminuer par là l'actif qui va bientôt devenir le gage commun de ses créanciers, à plus forte raison il peut recevoir des payements, libérer valablement ses débiteurs, quand même ces payements et cette libération ne seraient pas destinés à grossir cet actif et à rendre meilleure la situation de ses créanciers.

Si, par exemple, dans cette période des dix jours, il reçoit un payement en espèces, et qu'il le dissipe, le débiteur sera valablement libéré. Si, pendant cette même période, le délai de la prescription extinctive atteint une de ses créances, sa créance est éteinte, et son débiteur ne peut être actionné par la masse des créanciers. Si, pendant le même intervalle, une source de compensation naît fortuitement dans les mains d'un de ses débiteurs, par exemple si ce débiteur devient l'héritier d'un créancier du commerçant pour une somme égale au montant de sa dette, s'il devient légataire ou donataire de ce créancier, il est bien certain encore que cette compensation, comme tout autre mode de libération, pourra être utilement invoquée par le débiteur, et opposée sans résistance possible au commerçant en détresse et plus tard au syndic de sa faillite.

Si maintenant, au lieu d'acquérir cette cause de compensation par un cas fortuit comme un héritage, le débiteur du failli l'acquiert par un fait volontaire comme un achat de créance à un tiers, pourra-t-il encore l'invoquer utilement? La raison

[1] Cassation, ch. civ., 4 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 1, 135).

Digitized by Google

de douter vient de ce qu'il s'est procuré cette créance dans le but précisément d'échapper par là au payement de sa dette, et de ce que cette acquisition, faite dans un tel but, constituerait une fraude à l'égard des autres créanciers du failli. La question est donc de savoir si, dans cette opération juridique, il y a une fraude qui permette, soit au failli, soit à ses créanciers, d'en repousser les effets. On voit qu'il ne s'agit plus, comme le pensait la Cour d'Orléans, d'examiner la validité d'une compensation conventionnelle, mais d'apprécier l'efficacité envers les tiers de cette cession intentionnelle. Or il n'existe dans le Code de commerce aucune disposition spéciale, ni sur les droits des créanciers en dehors du cas de faillite, ni sur la matière des cessions des créances, ni sur celle de la compensation légale; c'est donc avec les règles du droit commun, du droit civil que notre question doit être désormais examinée, sans toutefois oublier qu'en fait elle s'est posée dans une espèce commerciale, et qu'en telle matière il faut toujours réserver une certaine place à l'équité à côté des règles de droit [1].

SECTION II.

CETTE COMPENSATION EST-ELLE PROHIBÉE PAR LE DROIT COMMUN?

Notre démonstration a été, jusqu'ici, purement négative, et a consisté simplement à éliminer du débat des éléments qui y ont été mêlés à tort et qui devaient y rester étrangers. Il faut maintenant examiner la question en elle-même.

Le fait est celui-ci : Un commerçant près de sa ruine a, d'une part, un créancier d'une somme de 25,000 francs, d'autre part un débiteur de 25,000 francs; les deux sommes sont liquides et exigibles. Par acte sous seing privé, le créancier cède ses droits au débiteur, pour une somme égale au montant de sa créance; la cession est régulière en la forme, elle est enregistrée le même jour, et le lendemain elle est signifiée au débiteur cédé.

[1] Il est constant que les règles de droit commun s'appliquent aux actes passés par le failli dans les dix jours qui précèdent la cessation de ses payements, et peuvent atteindre ceux de ces actes qui ne tombent pas sous le coup de l'article 446 : Orléans, 16 janvier 1861 (Dalloz, 1861, 5, 225); — Cassation, 14 avril 1863 (Dalloz, 1863, 1, 293), et 23 août 1864 (Dalloz, 1864, 1, 370). — Tous les auteurs en sont d'accord.

Digitized by Google

La question qui naît de cet acte est complexe et comprend les points suivants :

1. — Un tel acte est-il frauduleux de la part du cédant, et peut-il être contraint, soit par le débiteur cédé, soit par les créanciers de celui-ci, à leur rapporter les sommes par lui reçues pour prix de la cession?

2. — Un tel acte est-il frauduleux de la part du cessionnaire, et peut-il être contraint, soit par le débiteur cédé, soit par les créanciers de celui-ci, à leur payer le montant de sa dette comme s'il n'avait pas acquis une cause de compensation?

3. — Dans quels cas un tel acte doit-il être considéré comme fictif et simulé?

§ 1. — *Validité de cet acte à l'égard du cédant.*

Il est difficile d'éprouver des doutes sérieux sur la validité de cet acte de la part du cédant, soit à l'égard du débiteur cédé, soit même à l'égard des créanciers de celui-ci.

I. — Pour le *débiteur cédé*, comment pourrait-il s'en plaindre? Il est débiteur d'une dette échue, et pourrait être actionné en payement; il ne peut empêcher son créancier de recevoir son payement d'un tiers et de le subroger à ses droits, ou de céder son titre à un tiers, soit à titre onéreux, soit à tite gratuit. Sa dette est dans le commerce, et peut être librement transmise, sans lui et malgré lui, par celui qui en est le bénéficiaire, à qui bon lui semblera. Le créancier, en consentant la cession, a disposé de sa chose et usé de son droit; il n'a reçu, comme prix de la cession, que tout ou partie de ce qui lui était dû; il ne réclame plus rien, et le payement qu'il a reçu ne peut être critiqué.

II. — Les *créanciers* du débiteur cédé seraient-ils plus fondés à attaquer le créancier cédant? En aucune manière. En usant de son droit, il ne leur a causé aucun préjudice, et n'a diminué en rien le patrimoine du débiteur, qui constitue leur gage commun. En outre, il n'a pas agi avec leur débiteur et n'a pas conclu avec lui un de ces accords que la jurisprudence a parfois trouvés frauduleux; il a contracté avec un tiers, et toute la question pour les créanciers est de savoir si à leur égard le tiers pourra se prévaloir des effets de ce contrat. Enfin, au moment où la ruine du débiteur se réalise, le cédant n'existe plus en tant que créancier; il est rempli de ses droits et se

Digitized by Google

trouve dans le même état que si le débiteur, avant la cessation de ses payements, l'eût remboursé en espèces, et l'article 446 du Code de commerce valide ce payement.

Ainsi, en supposant la cession de créance sincère et sérieuse, elle a été l'exercice légitime du droit du cédant et n'a causé de préjudice ni au cédé ni à ses créanciers. Le cédant a donc le droit de conserver le prix qu'il a reçu du cessionnaire, et, en supposant la cession inefficace, entre les mains du cessionnaire, pour lui permettre d'opposer au cédé la compensation, il ne pourra se retourner contre le cédant pour se faire restituer le prix qu'il lui aura versé.

§ 2. — *Validité de cet acte à l'égard du cessionnaire.*

A l'égard du cessionnaire, la question est de savoir si la cession est efficace entre ses mains au point de lui permettre d'opposer la compensation. Par l'effet de cette cession, il réunit à son titre de débiteur celui de créancier pour une somme égale; par l'effet de la loi, ces deux titres réunis sur la même tête se compensent et s'éteignent; le débiteur s'est libéré de sa dette, et le créancier a reçu son payement.

La compensation ne pourra donc pas se produire si quelque obstacle légal empêche le cessionnaire, soit comme débiteur de se libérer de sa dette, soit comme créancier de se payer de sa créance. Qui peut avoir qualité pour critiquer l'extinction de la dette du cessionnaire? Le cédé, et lui seul, car les créanciers du cédé ne pourraient agir ici qu'au nom et par représentation de leur débiteur. Qui peut avoir qualité pour critiquer le recouvrement de créance fait par le cessionnaire? Les autres créanciers du cédé, qui ne pourront pas recouvrer de même le montant de leurs créances. La question relative à la validité de la compensation est donc double, et consiste à savoir, d'abord si le cessionnaire peut être attaqué par le cédé comme s'étant libéré de sa dette au mépris de ses droits, puis s'il peut être attaqué par les autres créanciers du cédé comme s'étant payé de sa créance à leur exclusion et à leur préjudice. L'affirmative sur ce second point rendrait la compensation inefficace à l'égard des tiers; l'affirmative sur le premier rendrait la compensation impossible même entre les parties; si ces deux points sont résolus par la négative, la loi produit ses effets ordinaires, et la compensation de plein droit reprend son empire.

Digitized by Google

I. — *La compensation peut-elle être critiquée par le cédé?*

La compensation légale s'opère par la seule force de la loi, même à l'insu des parties (art. 1290 C. Nap.), et dans le cas même où elles seraient incapables de faire et de recevoir un payement volontaire. Dans deux cas seulement elle ne peut se produire : quand il y a droits acquis pour des tiers (art. 1298), et quand il y a fraude.

1. — Peut-il y avoir ici, pour le cédé, *droit acquis* rendant la compensation impossible? Évidemment non. D'abord, il n'est pas un tiers, il est l'une des parties entre lesquelles la compensation se produit de plein droit. Puis, quel droit acquis pourrait-il opposer? Un créancier n'a jamais droit acquis d'empêcher son débiteur de se prévaloir d'un bénéfice qui lui est conféré par la loi; il n'a jamais le droit d'exiger de son débiteur un payement en espèces, quand celui-ci est dans le cas de lui opposer un autre mode de libération, comme la prescription ou la compensation.

Le cédé ne peut avoir, non plus, aucune objection à faire à la cession qui est la source de cette compensation. Ni en matière civile ni en matière commerciale le cédé n'est recevable à intervenir dans la cession dont sa dette est l'objet; quel que soit son intérêt à conserver l'ancien créancier contre lequel il lui était possible de faire naître un jour des causes de compensation, ou à éviter un créancier nouveau qui tirera de la créance par lui acquise une cause d'extinction d'une dette égale, il n'importe; les créances sont dans le commerce, et ceux à qui elles appartiennent peuvent librement les transmettre à qui bon leur semble, sans le concours des débiteurs.

2. — Mais y a-t-il, dans l'acquisition de cette cause de compensation, *fraude* du cessionnaire envers le cédé? Est-ce là un de ces actes que le débiteur fait en fraude des droits du créancier, et contre lesquels l'article 1167 du Code Napoléon confère à celui-ci l'action paulienne? C'est là la vraie question.

Si le préjudice subi suffisait, l'article 1167 serait certainement applicable à une telle cession. Le préjudice est certain, car le cédé, qui est à la veille de sa ruine, comptait bien ne pas payer son créancier, et en même temps se faire payer intégralement par son débiteur. Le préjudice est, de plus, intentionnel, car le cessionnaire n'a cherché dans cette cession qu'un moyen de ne pas payer sa dette. Mais le préjudice causé est-il

Digitized by Google

illicite et fraudulenx? Nullement, et dès lors l'article 1167 n'est pas applicable.

Il ne peut y avoir fraude, en effet, dans l'exercice régulier d'un droit : « Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur, » disaient les Romains[1]; « icelui n'attente qui n'use que de son droit, » portait l'article 107 de la Coutume de Bretagne; « tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis, » portait l'article 5 de la Déclaration des droits, de 1791. Or le cessionnaire avait le droit d'acheter la créance comme le cédant avait le droit de la lui vendre; tous deux étaient capables de faire ce contrat, et l'objet du contrat était disponible. Sans doute le cessionnaire a agi dans un but spécial et déterminé, qui sera dommageable au débiteur cédé; mais a-t-on bien le droit de lui en demander compte, et de rechercher quel a été le mobile ultérieur et secret de son acquisition, et ne pourrait-il pas répondre que « celui qui use d'un droit que la loi lui confère « est seul juge de son intérêt[2], » et n'est pas tenu de faire connaître ses motifs? A-t-il commis une fraude envers son créancier en se préparant un moyen de compensation, quand il n'en aurait pas commis une en remplissant les conditions de la prescription libératoire? et cette acquisition à titre onéreux, d'une créance appartenant à un tiers, est-elle plus frauduleuse que la constitution, entre ses mains, d'une créance nouvelle, par exemple au moyen d'une fourniture de marchandises au commerçant en détresse?

Il faut donc reconnaître que le préjudice causé à autrui n'engage la responsabilité de celui qui le cause que quand il constitue un préjudice injuste; que le cessionnaire a usé de son droit, et que par conséquent il ne doit pas compte de ses motifs, pas plus que le propriétaire qui exhausse un mur mitoyen ou que le créancier qui, armé d'une hypothèque générale, fait peser l'effet de son inscription sur un immeuble grevé, au profit d'autres créanciers, d'hypothèques spéciales postérieures qui par là deviendront stériles.

D'ailleurs, le cessionnaire n'a pas eu en vue le préjudice qu'il causerait au cédé, mais uniquement l'avantage qu'il tirerait lui-même de la cession; cette cession ne peut donc tomber

[1] Dig., loi 55, *De regulis juris.*
[2] Cassation, 11 avril 1864.

Digitized by Google

sous le coup de l'article 1167. « On ne peut jamais considérer comme fait en fraude des tiers ou des créanciers l'acte dont ils souffrent quelque dommage, mais dans lequel les parties ont uniquement cherché leur avantage personnel. Ce principe est généralement vrai en matière commerciale comme en matière civile. Et generaliter loquendo, dit Casaregis (disc. 124, n° 7), quando aliquis in suî utilitatem et commodum operatur, nunquam dolus aut fraus aliqua in eo præsumi debet, quamvis actus ab ipso gesti in tertii præjudicium redundant[1]. »

Enfin l'article 1167 s'applique bien aux actes par lesquels un débiteur, restant débiteur, diminue le gage de ses créanciers; mais il ne s'applique nullement aux actes par lesquels le débiteur se libère, et il n'empêche nullement le débiteur de briser dans les mains du créancier le titre de celui-ci par un moyen de compensation ou de prescription.

A défaut de l'article 1167, invoquera-t-on la bonne foi qui doit régner en matière de faillite, et dira-t-on qu'il y a mauvaise foi, de la part du débiteur qui prévoit la ruine d'un commerçant, à se procurer une créance qui lui permettra de ne pas payer sa dette? Ce peut être un acte d'indélicatesse, mais non de mauvaise foi. La mauvaise foi dans le sens légal, c'est « la connaissance de la cessation des payements » quand cette cessation est un fait accompli; on en trouve la preuve dans l'article 447 du Code de commerce, dont le texte, après l'avoir ainsi définie, en fait une cause de nullité. Il en résulte que, jusqu'au jour de la cessation des payements, il est permis aux tiers de prévoir la faillite du commerçant avec lequel ils ont contracté, et qu'ils peuvent sans fraude en conjurer les effets en ce qui les concerne.

Ainsi il n'existe ni droit acquis pour le commerçant cédé à ne pas subir, avant sa faillite, un payement par compensation, ni fraude envers lui, de la part du cessionnaire, à se procurer cette source de compensation. Donc ni une telle cession ni la compensation qu'elle fait naître ne peuvent être critiquées par le cédé; elles ne peuvent, à ce premier point de vue, être critiquées davantage par les créanciers du cédé, qui le représentent et ne sauraient puiser dans l'article 1166 du Code Napoléon plus de droits qu'il n'en a lui-même.

[1] M. Massé, *Droit commercial*, t. III, n° 1739.

Digitized by Google

II. — *La compensation peut-elle être critiquée par les créanciers du cédé?*

Nous venons de reconnaître que la compensation est valable entre le cessionnaire et le cédé, en tant qu'elle libère le cessionnaire de sa dette antérieure; il reste à examiner si elle est valable envers les autres créanciers du cédé, en tant qu'elle remplit le cessionnaire de sa créance nouvelle, ou si au contraire ces créanciers peuvent s'en plaindre comme d'un payement fait à un seul, au préjudice des payements qu'eux-mêmes ils attendent et réclament.

En principe la validité d'un tel payement, envers et contre toutes personnes, paraît certaine. Tout créancier d'une créance échue a, jusqu'à la faillite, une action individuelle en recouvrement; tout débiteur d'une dette échue a, jusqu'à la faillite, le droit et l'obligation de l'acquitter intégralement; en conséquence, les autres créanciers ne peuvent exercer aucun reproche, ni d'une part contre l'exercice d'un tel droit par l'un d'eux, ni d'autre part contre l'accomplissement d'une telle obligation par le commun débiteur.

Il faut examiner cependant la question avec plus de détails, d'abord pour les payements volontairement faits par le débiteur, puis pour les payements forcés. Si les payements volontaires sont valables, et ne peuvent être reprochés au débiteur comme un privilége injustement concédé par lui à l'un de ses créanciers, il en résultera nécessairement que les payements forcés, à plus forte raison, seront valables; si au contraire les payements volontaires pouvaient être soumis à certaines critiques, la question restera entière pour les payements forcés.

A. *Des payements volontaires.* — Un créancier peut-il, en vertu de l'article 1167, attaquer un payement fait par son débiteur à un autre créancier?

Il ne le peut jamais, à moins de faire l'une des trois preuves suivantes :

1. — Que le débiteur, lors du payement, était en état de faillite, et par conséquent incapable d'aliéner et de se libérer,

2. — Ou que la créance payée n'était pas certaine et liquide; en effet, les contestations qui pouvaient être soulevées, soit sur l'existence même de cette créance, soit sur les conditions auxquelles sa validité était soumise, constituaient pour le débiteur des droits auxquels, dans la plupart des cas, il ne pou-

Digitized by Google

vait renoncer sans ouvrir au profit de ses autres créanciers l'exercice de leur action révocatoire. Faut-il exiger encore, pour la validité du payement, que la créance payée fût actuellement exigible, et faut-il considérer l'anticipation du payement comme une renonciation à un bénéfice légal, susceptible d'être révoquée dans l'intérêt des autres créanciers? Les Romains l'admettaient et estimaient qu'en renonçant à un délai on fait fraude à ses créanciers [1], aussi bien qu'en constituant des sûretés nouvelles pour une dette antérieure [2]; mais cette décision en ce qui concerne les dettes non échues, bien qu'elle doive être souvent suivie, ne paraît pas susceptible d'être érigée en principe absolu [3];

3. — Ou enfin que le payement a été excessif; dans ce cas, il constituerait, dans une certaine mesure, une libéralité que les créanciers auraient certainement le droit de faire révoquer; ils auraient de même, si le débiteur s'était libéré au moyen d'une dation en payement, le droit de faire évaluer la chose donnée en payement, et de faire rapporter en cas d'excès.

Hors ces cas, les créanciers chirographaires ne peuvent à aucun titre attaquer les payements faits par leur débiteur; ils ne peuvent ni invoquer sa déconfiture, ni alléguer leurs droits sur son patrimoine et l'égalité de leurs titres, ni enfin rechercher quelle raison, en fait, a déterminé le débiteur à se libérer de préférence envers tel ou tel créancier.

La déconfiture, soit imminente, soit réalisée, d'un débiteur non commerçant ne le rend pas incapable de faire un payement

[1] Dig., *Quæ in fraudem cred.*, loi 10, § 12 : « Si quum in diem mihi deberetur, fraudator præsens solverit, dicendum erit, quod in eo quod sensi commodum in repræsentatione, in factum actioni locum fore : nam prætor fraudem intelligit etiam in tempore fieri. » — V. aussi la loi 17, § 2, *in fine*, *eod. tit.*

[2] Dig., *eod. tit.*, lois 2; 10, § 13; et 22.

[3] « Si un débiteur qui avait un terme pour payer ce qu'il devait à un de ses créanciers ou qui ne devait que sous une certaine condition qui n'était pas encore arrivée, colludant avec ce créancier pour le favoriser, lui avance son payement, les autres créanciers pourront demander à celui qui aura reçu ce payement les intérêts du temps de l'avance, et même le principal, si c'était une dette qui ne fût due que sous une condition qui ne serait pas encore arrivée. Et en ce cas il sera pourvu à la sûreté de ceux à qui cet argent devra revenir, soit de ce créancier si la condition arrive, ou de ceux qui devront le recevoir si elle n'arrive point » (Domat, *Lois civiles*, liv. II, tit. 10, n° 9).

Digitized by Google

valable. La loi, qui n'a nulle part défini les effets légaux de la déconfiture, y attache bien certaines conséquences, dont la plus notable est la déchéance du terme (art. 1188 C. Nap.; V. encore art. 1276, 1446, 1613, 1865, 1913, 2003 et 2032); mais nulle part elle n'a édicté, en matière civile, des règles et des incapacités spéciales comme en matière de faillite[1]. Or ni les exceptions ne peuvent être étendues, ni les incapacités légales ne peuvent être appliquées aux citoyens en dehors des cas expressément déterminés par la loi. En matière de faillite, le débiteur commerçant peut payer, en espèces, ses dettes échues, jusqu'à l'époque de la cessation de ses payements (art. 446); le payement par lui fait ne peut donc être attaqué.

Les créanciers chirographaires n'ont, en second lieu, ni un droit sur les biens de leur débiteur, ni, entre eux, un titre légal à l'égalité, qui leur permette d'invoquer l'article 1167. Ils ont suivi la foi de leur débiteur, et n'ont sur son patrimoine d'autre droit que le gage général qui leur est conféré par les articles 2092 et 2093 du Code Napoléon; ils n'ont donc pas qualité pour critiquer un payement, sauf dans le cas où ils se sont mis par une saisie en rapport direct avec l'objet que leur débiteur veut donner en payement. Quant à l'égalité, ils n'y ont droit qu'en cas de faillite, et seulement à partir du jour où la faillite étant déclarée, ils forment une personnalité représentée par un syndic; jusque-là chacun d'eux peut exercer des poursuites individuelles, et nul d'entre eux ne peut être contraint, sous prétexte d'égalité, à rapporter ce qu'il a reçu.

Enfin le motif de la préférence donnée par le débiteur à l'un de ses créanciers ne peut être recherché par les autres. La loi 24, au Digeste, *Quæ in fraudem creditorum*, dont le texte est loin d'être clair, paraît autoriser cette recherche[2]; mais cette décision, en admettant qu'elle résulte de ce texte, ne doit

[1] Sont valables les aliénations non simulées, faites par un débiteur en état de déconfiture : Orléans, 25 mai 1842 (Dalloz, 1842, 2, 216); — Bordeaux, 17 août 1848 (Dalloz, 1849, 2, 61). Ce dernier arrêt porte expressément que « nul ne peut être dessaisi de l'administration de ses biens qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi; et l'article 443 du Code de commerce, uniquement relatif au commerçant failli, ne saurait s'étendre à l'individu non commerçant qui est tombé en déconfiture. »

[2] C'est l'opinion de Godefroi, qui dit : « Quod uni creditorum per gratiam seu gratificationem a debitoris herede solutum est, cæteris communicandum est. » — C'est aussi l'opinion de Pothier dans ses Pandectes.

Digitized by Google

pas, à notre sens, être suivie. S'il n'est pas permis de rechercher les motifs de l'exercice régulier et légitime d'un droit[1], il l'est bien moins encore de rechercher ceux de l'accomplissement d'une obligation. Le créancier qui a été payé avait action contre le débiteur, il pouvait le poursuivre et le contraindre; là se trouve l'explication légitime et suffisante du payement qu'il a reçu. Supposez même qu'il soit prouvé en fait que pour obtenir cette préférence le créancier a fait remise à son débiteur d'une partie de sa créance; même dans ce cas, qui n'est pas celui de l'espèce en question, comment ce payement pourrait-il être annulé? ce que le créancier a reçu lui était dû; ce dont il a fait remise lui appartenait; le payement que le débiteur a fait partiellement, il pouvait et devait le faire intégral. Cet accord, loin de rendre sa situation pire, lui a laissé des ressources plus considérables pour faire face aux exigences des autres créanciers. Enfin, quand la situation du débiteur en serait devenue pire, le débiteur n'a pas cessé d'être propriétaire de son patrimoine, et il n'a pas perdu le droit d'aliéner, pourvu que ce ne soit pas en fraude de ses créanciers[2].

Mais, dit-on, il y a fraude dans le fait du débiteur qui paye et du créancier qui se fait payer en prévision d'une ruine imminente. Un arrêt de la Cour de Paris semble avoir admis cette doctrine en matière commerciale; « le caractère de fraude,

[1] Arrêt précité de la Cour de cassation, du 11 avril 1864. — « Liberalitas vel affectio propensior in unum quam in alterum nemini vitio verti debet. »

[2] Ce débiteur qui reçoit de l'argent pour payer de préférence une de ses dettes, fait songer involontairement à Démosthènes recevant l'argent du roi des Perses pour exciter les Grecs à la guerre contre le roi de Macédoine, ou à Mirabeau payé par la cour pour défendre l'ancienne monarchie expirante; tous deux parlaient, à prix d'or, dans le sens de leurs convictions. Ce n'est pas là, certes, de la probité politique, mais ce n'est pas non plus du mensonge; c'est de la sincérité vénale. — Quant à notre débiteur, sa conduite pourra être légitime ou illicite, selon les cas : 1° illicite peut-être, s'il fait un pacte secret avec l'un de ses créanciers pour le favoriser, et s'il conserve pour lui le prix caché de la préférence qu'il lui a accordée; dans ce cas on pourrait soutenir que le créancier a reçu par un moyen frauduleux ce qui lui était dû, et doit être obligé de le rapporter; 2° certainement légitime, au contraire, si, par exemple, sa ruine prochaine étant encore ignorée, et pressé de poursuites par un créancier qui va le réduire à l'insolvabilité, il obtient, par son payement, remise d'une partie de la dette, la verse dans son patrimoine et en fait ainsi profiter ses autres créanciers.

Digitized by Google

« porte cet arrêt, s'attache essentiellement à tout acte par lequel « un créancier, connaissant d'une manière certaine l'événement « prochain de la faillite de son débiteur, s'empresse de se faire « remettre tout ou la majeure partie de l'actif de celui-ci, pour « se couvrir à l'avance des pertes que la faillite doit lui faire « supporter, et ravir aux autres créanciers, moins bien infor- « més, le gage appartenant à la masse [1]. » La Cour d'Orléans, de son côté, a annulé un payement qui ne tombait sous le coup ni de l'article 446 ni de l'article 447, en se fondant sur l'article 1167 du Code Napoléon, dans une espèce où la fraude articulée consistait dans le mode de libération et dans l'antidate des enchères [2]. La Cour de cassation a annulé, par application du même texte, un payement valable d'après la loi des faillites, et obtenu par un mandataire qui s'était fait ainsi une position meilleure que celle de ses mandants [3]; elle a également annulé deux conventions, l'une par laquelle un debiteur insolvable constituait en temps non suspect une hypothèque nouvelle pour une dette antérieure [4], l'autre par laquelle il cédait tout son actif à un tiers, à la charge de payer certains de ses créanciers [5].

Aucun de ces arrêts ne résout la question en principe, et tous sont intervenus dans des circonstances de fait toutes spéciales. Dans la première espèce, il s'agissait d'un créancier qui s'était fait remettre la presque totalité des ressources du débiteur, et qui lui avait fourni les moyens de prolonger l'apparence de sa vie commerciale, afin d'éviter un report de faillite qui eût atteint le recouvrement fait par lui. Dans la deuxième espèce, le payement était antidaté; dans la troisième, il s'agissait d'un créancier mandataire d'autres créanciers, qui avait abusé de son mandat pour se faire payer au préjudice de ses mandants, et qui avait ainsi commis un quasi-délit dont la conséquence devait être la nullité de l'avantage par lui obtenu. Dans les deux dernières espèces, qui n'avaient plus pour objet des payements, les circonstances étaient encore exceptionnelles; dans l'une, les créanciers qui obtenaient une hypo-

[1] Paris, 2e chambre, 14 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 2, 182).
[2] Orléans, 16 janvier 1861 (Dalloz, 1861, 5, 225).
[3] Cassation, 23 août 1864 (Dalloz, 1864, 1, 370).
[4] Cassation, 12 février 1849 (Dalloz, 1849, 1, 127).
[5] Cassation, 6 mai 1857 (Dalloz, 1857, 1, 299).

Digitized by Google

thèque nouvelle étaient les enfants mêmes de l'insolvable, et leur créance antérieure n'était pas bien établie; dans l'autre, le cessionnaire savait qu'il ne pourrait faire face à tout le passif du débiteur, il ne s'était engagé, en échange de tout son actif, qu'à désintéresser certains créanciers, et il n'avait pas pris possession de tout l'actif à lui cédé; enfin c'était le père même du cédant.

Ces arrêts d'espèce doivent donc être écartés, et la question de principe subsiste tout entière. En droit romain, le créancier, qui, avant l'envoi en possession des biens de son débiteur, se faisait payer par lui d'une dette échue, ne craignait aucun recours, quand bien même il connaissait son insolvabilité[1]. Comment en eût-il été autrement? il n'a fait qu'exercer ses droits, et veiller à ses intérêts légitimes, comme les autres créanciers pouvaient le faire également; actionné, il eût pu répondre, avec l'autorité de Scævola : « Vigilavi; meliorem meam conditionem feci; jus civile vigilantibus scriptum est; ideo non revocatur id quod percepi[2], » et ajouter avec celle de Paul : « Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit[3]. »

Dans l'ancien droit, il en était de même. Vainement Denisart soutient que « chaque créancier peut recevoir son dû sans s'inquiéter si les autres sont ou ne sont pas payés, tant qu'il y a lieu de croire que le débiteur commun est en état de faire face à tous ses engagements, mais qu'il ne doit pas y veiller en fraude des autres créanciers; qu'ainsi il ne peut recevoir son payement à leur préjudice lorsqu'il a la certitude que le débiteur commun est hors d'état de faire face à tous ses engagements[4]. » Domat avait posé le principe contraire en ces termes : « Le créancier qui reçoit de son débiteur ce qui lui est dû ne fait point de fraude, mais se fait justice en veillant pour soi, comme il lui est permis. Et quoique son débiteur se trouve

[1] Dig., *Quæ in fraudem cred.*, loi 6, § 7 : « Sciendum, Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque non esse solvendo recipiat, non timere hoc edictum; sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exæquandumque cæteris creditoribus; neque enim debuit præcipere cæteris post bona possessa, quum jam par conditio omnium creditorum facta esset. »

[2] Dig., *eod. tit.*, loi 24.

[3] Dig., *De reg., juris*, loi 129.

[4] Denisart, v° *Fraude envers les créanciers*, § 1, n° 15.

Digitized by Google

insolvable, et que par ce payement il n'en reste pas assez pour les autres créanciers, ou que même il ne reste rien, il n'est pas tenu de rendre ce qu'il a reçu pour son payement; mais les autres créanciers doivent s'imputer de n'avoir pas veillé pour eux, comme a fait celui qui s'est fait payer[1]. »

Cette solution doit être encore suivie. Proudhon, dans son *Traité de l'usufruit*, n° 2367, dit que « l'action révocatoire n'a pas lieu à l'égard d'un créancier véritable qui aurait été payé sans opposition, au préjudice des autres et par préférence à eux; » et M. Larombière, sous l'article 1167, n° 40, s'exprime ainsi : « Lorsque les tiers ne font qu'exercer régulièrement un droit légitime, ils ne sauraient être considérés comme complices de la fraude; le créancier qui poursuit ou reçoit le payement de ce qui lui est dû ne commet donc aucune fraude, alors même qu'il a la conscience de l'insolvabilité future de son débiteur, à l'égard des autres créanciers; il ne fait que toucher ce qui lui est dû...; la fraude consisterait tout au plus, si l'on suppose une dation en payement, dans la vilité du prix de la chose. »

Cette doctrine ne peut être expressément contestée; elle s'appuie sur l'article 1242 du Code Napoléon, qui ne permet d'attaquer un payement que quand il a été fait au mépris d'une saisie, et sur l'article 447 du Code de commerce, qui ne permet d'attaquer le créancier qui a connu l'insolvabilité de son débiteur que quand il s'est fait payer après la cessation des payements; enfin elle a été consacrée par trois arrêts, dont deux sont tout récents. Le premier est un arrêt de la Cour de Montpellier, en date du 3 mai 1841[2], qui valide une vente de tous ses biens, faite par un débiteur avec délégation du prix à une partie de ses créanciers; cet arrêt constate, en fait, que l'acte n'était entaché d'aucun dol, que les créances ainsi payées étaient sérieuses, et qu'il n'existait pas de vilité du prix, et en droit il pose le principe que le créancier ne peut attaquer, à raison du préjudice qu'il en éprouve, les actes consentis par le débiteur à des tiers

[1] Domat, *Lois civiles*, livre II, titre 10, n° 12. — V. dans le même sens Guyot, *Rép. de jurispr.*, v° *Créancier* : « Le créancier qui reçoit ce qui lui est dû, quand même il saurait son débiteur insolvable, ne se rend pas coupable de fraude, il ne fait que veiller à ses intérêts, etc. »

[2] Montpellier, 3 mai 1841 (Dalloz, v° *Effets de commerce*, n° 856).

Digitized by Google

qu'autant que ces actes n'étaient pas dans le droit du débiteur. Le deuxième, rendu par la Cour de Caen le 24 juillet 1857 [1], valide une vente faite par un débiteur à l'un de ses créanciers en payement de sa créance, vente qui devait le rendre insolvable et causer, à sa connaissance et à celle de son acquéreur, le plus complet préjudice à ses autres créanciers; l'arrêt considère, en fait, que l'acte n'a pas été déterminé par des moyens dolosifs, et, en droit, qu'il n'y a pas fraude à recevoir ce qui nous est dû. Enfin le troisième arrêt a été rendu par la Cour de Paris, cinquième chambre, le 15 décembre 1863, et porte que les avantages particuliers concédés par un débiteur à l'un de ses créanciers lors d'un concordat amiable, bien qu'immoraux, ne tombent sous le coup d'aucune prohibition légale, et constituent une convention de droit commun à laquelle on ne peut appliquer le principe d'égalité édicté par la loi en matière de faillite [2].

Il faut donc tenir pour certain qu'un payement ou une dation en payement, non excessif, fait par un débiteur non failli à un créancier dont la créance est certaine, ne peut pas être attaqué, en vertu de l'article 1167, par les autres créanciers auxquels il cause préjudice.

B. *Des payements forcés.* — S'il en est ainsi pour les payements faits volontairement par le débiteur, il en est de même, à bien plus forte raison, pour les payements forcés, et notamment les payements par compensation, qui résultent de la loi même. Mais il y a de plus quelqnes raisons particulières.

Le droit romain avait prévu l'hypothèse où un créancier, poursuivant son débiteur en fuite, lui avait arraché une somme d'argent égale au montant de sa créance; et il décidait que, si ce fait était antérieur à toute saisie, le créancier avait le droit de garder cet argent, au détriment des autres créanciers [3].

[1] Caen, 24 juillet 1857 (Dalloz, 1858, 2, 12).

[2] Paris, 5e chambre, 15 décembre 1863 (Dalloz, 1863, 5, 178).

[3] « Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem, secum ferentem pecuniam, et abstulissem ei quod mihi debeatur : placet Juliani sententia dicentis, multum interesse, antequam in possessionem bonorum ejus creditores mittantur, hoc factum sit, an postea; si ante, cessare in factum actionem; si postea, huic locum fore » (Dig., *Quæ in fr. cred.*, loi 10, § 16). — « Quid ergo, si, quum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam : an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, is obtulerit mihi, an ergo illi extor-

Digitized by Google

Casaregis admettait la même solution : « Secus vero, dit-il dans son discours cxx, n° 12, si creditores omnes essent chirographarii; nam tunc qui prævenerit vel agendo in actione reali, vel sequestrando, vel bona debitoris præoccupando, erit præferendus; » et il admet la solution contraire pour le cas où il existerait des créanciers hypothécaires. Plus loin, dans son discours cxxxv, n° 8, *in titulo*, s'expliquant sur le fait même de la compensation, il pose cette règle : « Compensatio præambula ante imminentem casum decoctionis intelligitur ipso jure facta, in præjudicium etiam aliorum creditorum quamvis hypotheca munitorum ; » et par là il marque bien la différence entre les payements volontaires, astreints suivant lui au respect des causes légitimes de préférence, et la compensation, que la loi opère de plein droit au profit du créancier chirographaire, même au détriment des créanciers munis d'hypothèques.

D'autre part, Pothier n'hésitait pas à permettre d'opposer, en compensation de sa dette, une créance achetée d'un tiers. « Celui qui a, dit-il[1], les droits cédés d'un créancier n'est pas, il est vrai, quant à la subtilité du droit, créancier, mais seulement procureur *in rem suam* du créancier ; néanmoins, comme il est, quant à l'effet, créancier, lorsqu'il a fait signifier son transport au débiteur, il peut opposer la compensation de cette créance au débiteur envers qui il est lui-même débiteur, comme de toute autre dont il serait créancier de son chef; in rem suam procurator datus, si vice mutua conveniatur, compensationis æquitatate utatur (Dig., loi 18, *De compens.*). »

Ainsi, la compensation, comme tout payement, plus que tout autre mode de payement, est à l'abri de toute critique de la part des autres créanciers. La loi n'admet à cette règle qu'une exception, formulée dans l'article 1298, pour le cas où un créancier aurait acquis, par une saisie, des droits sur une somme qu'un autre, antérieurement débiteur, voudrait retenir par compensation; hors ce cas, les créanciers n'ont pas droit acquis à empêcher l'un d'eux de recevoir son payement.

serim invito? et, si extorserim invito, revocetur? si non extorserim, non revocetur? sed vigilavi, meliorem eam conditionem feci; jus civile vigilantibus scriptum est; ideo non revocatur id quod percepi. (*Ibidem*, loi 24).

[1] *Traité des obligations*, partie III, chap. 4, n° 630. — V. aussi M. Massé, *Droit commercial*, t. IV, n°s 2308, 2314, etc.

Digitized by Google

Ils n'ont pas davantage le droit de se plaindre de la cession qui a réuni dans les mêmes mains la créance et la dette. Nulle loi n'empêche un créancier, qui ne peut recevoir son payement en espèces, de se remplir de sa créance en se constituant lui-même débiteur de son débiteur, par exemple en se faisant livrer par lui des marchandises; nulle loi non plus n'empêche un débiteur, qui ne peut ou ne veut se libérer en espèces, d'éteindre sa dette en se constituant à son tour créancier de son créancier, par exemple en lui livrant des marchandises. Du moment où les deux dettes coexistent, la loi même opère la compensation, quelque préjudice que puissent en éprouver les autres créanciers.

Enfin, il faut remarquer que ces créanciers ne peuvent plus ici invoquer l'article 1167, puisque cet article leur permet d'attaquer les actes émanés de leur débiteur, mais non les actes intervenus entre des tiers, et auxquels leur débiteur est demeuré étranger. Tout au plus pourraient-ils alléguer l'article 1382, qui ne permet pas de causer à autrui un préjudice injuste; mais nous avons vu qu'on ne peut considérer comme injuste le préjudice qui résulte de l'exercice d'un droit.

Il faut donc tenir pour certain que les créanciers n'ont ni le droit d'attaquer les payements non excessifs faits à un créancier sérieux par leur débiteur non failli, ni le droit de contester soit la compensation opposée par l'un d'eux, créancier sérieux, à leur débiteur non failli, soit les moyens non simulés employés par lui pour se procurer une cause de compensation.

§ 3. — *Des cas de simulation.*

De ce qu'il n'y a fraude ni envers le cédé ni envers ses créanciers, à acheter ou à vendre une créance sur lui, il n'en résulte pas qu'une telle opération doive toujours être considérée comme valable. La règle à suivre est bien simple : la cession sera valable quand elle sera sérieuse, nulle quand elle sera fictive.

Elle sera donc valable toutes les fois que le cédant aura réellement eu la volonté de vendre et le cessionnaire celle d'acheter, qu'ils auront réalisé cette volonté par un acte, et que cet acte aura été signifié au cédé. Peu importera d'ailleurs le prix de cette cession, pourvu que la cession soit sincère; l'imminence de la faillite avilit la valeur de la créance, et le

Digitized by Google

cédant ne peut espérer en tirer son taux nominal; d'ailleurs, ayant le droit d'aliéner sa créance même à titre gratuit, il peut, quand il l'aliène à titre onéreux, l'estimer à telle valeur que bon lui semble.

Mais elle sera nulle toutes les fois qu'elle sera fictive et simulée. Bien souvent il en sera ainsi; bien souvent le débiteur d'un commerçant près de faillir, pour éviter de payer sa dette, aura recours à l'aide d'un créancier assuré de ne pas toucher sa créance, et tous deux s'entendront pour opérer, par une cession feinte, une compensation dont ils partageront entre eux le bénéfice; dans ce cas, les tribunaux déjoueront la fraude en repoussant la compensation.

Il y a plus : la fraude devra être facilement présumée. La ruine imminente du commerçant cédé, le but évident de la cession, l'écart entre le taux nominal de la créance cédée et le prix de la cession, sont des circonstances qui peuvent toucher aux limites extrêmes de l'exercice légitime d'un droit, mais qui peuvent aussi, quand elles concourent avec d'autres circonstances de même nature, trahir une collusion; il en sera ainsi, notamment, si la cession était antidatée, si elle n'était pas enregistrée, si le prix, porté à l'acte comme payé, ne l'avait pas été réellement; dans tous ces cas, et dans d'autres cas semblables, les juges reconnaîtront la fraude et n'en admettront pas les effets.

Quelle sera l'action à laquelle cette simulation donnera naissance? Ce ne sera pas l'action révocatoire édictée par l'article 1167 du Code Napoléon, mais l'action pour cause de simulation, dont la nature et les effets sont différents. Ainsi, tandis que l'article 1167 ne s'applique qu'au créancier lésé par l'acte de son débiteur, l'action en simulation appartient à tous ceux qui ont à se plaindre d'un acte simulé; tandis que l'article 1167 ne confère d'action qu'aux créanciers antérieurs à l'acte révoqué, l'action en simulation protége même les créanciers postérieurs; tandis que l'article 1167 n'atteint que les actes qui amènent ou aggravent l'insolvabilité du débiteur, l'action en simulation s'étend à tous les actes fictifs, quand même ils n'auraient pas pour conséquence l'insolvabilité.

L'arrêt du 18 janvier 1865, pour prononcer la nullité de la cession faite par Dethan à Miston, d'une créance de 25,000 francs sur Baillet, ne devait donc pas, il semble, se

Digitized by Google

contenter de constater l'avantage obtenu par Dethan à l'exclusion des autres créanciers; il devait uniquement rechercher si la cession avait été vraie, et si elle ne cachait pas un concert frauduleux entre le cédant et le cessionnaire. Ce concert existait-il dans les faits de cette cause, et était-il établi dans l'état du procès? C'est là un point de pur fait qu'il n'y a pas lieu de rechercher ici.

L'équité murmure, peut-être, contre ces conséquences doctrinales. On voudrait l'égalité de fait entre tous ceux dont le titre est identique; on la voudrait surtout à la veille d'une faillite du débiteur commun; on cherche un texte qui prohibe ces avantages particuliers obtenus au milieu de la ruine commune; et ne trouvant pas ce texte, on voudrait combler cette lacune par voie d'interprétation. Mais ce ne peut être là une œuvre légitime de la justice. Au-dessus de l'équité même, il y a le droit. Or le droit défend aux juges de rien ajouter aux dispositions exceptionnelles de nos lois; d'étendre, même au nom de leur esprit, les prévisions restrictives de leur texte; d'annuler des contrats licites par des motifs équitables; de faire rétroagir les règles spéciales qui, à des conditions déterminées, dépouillent le débiteur du droit de se libérer et le créancier du droit de recevoir son payement; de frapper, enfin, des citoyens d'incapacité civile, et des biens d'indisponibilité, hors des cas expressément fixés par la loi. La séduction la plus puissante sur la conscience des juges, et par conséquent la plus dangereuse pour leurs sentences, est celle qui voile l'erreur sous les apparences de l'équité. G. GENREAU.

ÉTUDES SUR LA SAISIE-ARRÊT.

PREMIÈRE ÉTUDE.

DE L'EFFET ATTRIBUTIF DU JUGEMENT DE VALIDITÉ EN CETTE MATIÈRE.

Par M. Ancelot, docteur en droit,
président de chambre à la Cour impériale de Riom.

Il semble être dans la destinée de la saisie-arrêt de semer les difficultés les plus épineuses sous les pas des jurisconsultes

Digitized by Google

et des magistrats. Combien donc l'homme ne se fait-il pas illusion sur ses œuvres! M. Réal, en effet, dans son *Exposé des motifs* de ce titre de notre procédure, se félicitait de ce que *des usages et des traditions incertaines, source d'abus et de vexations,* allaient faire place à un mode d'exécution *ramené à toute sa simplicité et à son seul but.* Or jamais la maxime *simplicitas legibus amica* n'a reçu, dans l'application du moins, un démenti plus cruel. On ne saurait cependant méconnaître l'habileté d'élaboration de la loi. Mais peut-être faut-il chercher la principale cause de ces complications extrêmes dans le mouvement de plus en plus actif des intérêts individuels que les rapports sociaux mettent aux prises de nos jours. De là, dans les faits, des combinaisons multiples qui font le tourment des interprètes et impriment des vacillations regrettables à la jurisprudence. Qu'on se rappelle, par exemple, les systèmes, pour le moins au nombre de dix, qu'a enfantés le conflit des cessions avec les saisies-arrêts antérieures et postérieures. Tout a été dit sur ce problème, et il y aurait vraiment de l'outrecuidance à tenter de rallier les esprits à l'unité de doctrine par un effort isolé. Nos vues se sont donc fixées sur un autre problème moins flottant dans ses éléments, quoique moins étudié, et plus propice à une exposition de principes étendus dans leur portée, à savoir la détermination des effets attributifs on investitifs du jugement de validité. Nous aurons, du reste, à mettre en lumière les liens d'affinité qui rapprochent cette question de la précédente.

La complète exploration du sujet nécessite l'examen successif et méthodique de plusieurs points de droit qui procèdent l'un de l'autre. Plaçons-nous tout d'abord au point de départ en recherchant dans sa généralité pure la vertu juridique d'une saisie-arrêt déclarée valable.

I.

Une idée mère domine toutes les législations, c'est que les biens d'un débiteur sont le gage de ses créanciers. En France, sa plus récente formule est écrite dans l'article 2093 de notre Code. Mais des moyens particuliers doivent être mis en jeu pour réaliser cette impignoration tacite et virtuelle. Ils varient suivant les temps et les lieux. Chez nous, il a toujours fallu

Digitized by Google

s'adresser à la justice, soit pour placer sous sa main les choses qui servent de gage quand on manque d'un titre exécutoire, soit pour faire régler avec les créanciers concurrents, au cas d'insuffisance réelle ou redoutée, la répartition de ces choses ou de leur valeur représentative. Une situation toute particulière se présente quand l'objet sur lequel on se pourvoit en payement, au lieu d'être un corps certain mobilier ou immobilier, gît en une créance du débiteur sur un autre obligé. D'une part, en effet, trois personnes au moins sont nécessairement en présence *ab initio;* d'autre part, il s'agit de se substituer au débiteur créancier lui-même, sinon dans le titre de sa créance (*nomen*) qui adhère à son individualité civile, au moins dans la perception de l'utilité de ce titre. Une telle procédure doit inévitablement entraîner des lenteurs, et souvent, par cela même, les interventions d'autres prétendants au bénéfice de la substitution dont il s'agit. Il faudra donc assigner un terme où expirera toute possibilité d'un nouveau concours. Sera-ce telle ou telle phase de la procédure? Sera-ce seulement la consommation totale de l'opération par le versement des deniers aux mains des poursuivants, ou tout au moins par l'achèvement du travail de répartition contributoire? Interrogeons la sagesse de nos pères à cet égard et l'esprit de nos lois qui en ont recueilli l'héritage.

Denisart a directement abordé la question dans un passage que nous n'avons vu cité nulle part [1] (v° *Saisies-arrêts*, n° 32). En voici le texte :

« Les deniers saisis par un créancier sur son débiteur entre « les mains d'une tierce personne, tombent en contribution « jusqu'à ce qu'ils soient *payés* au saisissant, quand même il « aurait été ordonné par un jugement que les deniers saisis « seraient baillés et délivrés au saisissant. — La raison en est « que jusqu'au payement effectif fait au créancier saisissant, les « deniers appartiennent toujours au débiteur sur lequel ils ont « été saisis, et que, s'il y a quelque risque à craindre, c'est lui « qui le court. Il n'est point quitte avant que le créancier ait « touché; et son débiteur ès mains duquel la saisie est faite « ne cesse point de lui être débiteur et obligé jusqu'à ce qu'il

[1] M. Chauveau ne rappelle que l'antécédent très-connu de l'opposition *entre la bourse et le denier*, usitée en Bretagne (n° 1971 *bis* sur Carré).

Digitized by Google

« ait vidé ses mains et satisfait au jugement. » Dans le numéro suivant, Denisart enseigne que la délégation *ne vaut que saisie* et que, par suite, les mêmes règles lui sont applicables. Mais c'est là une branche de la question tout à fait distincte de celle qui nous occupe, puisqu'il y a, non plus seulement mainmise d'un créancier, mais *contrat* tendant à payement. Au reste, nous ferons remarquer que l'assimilation établie par Denisart doit être restreinte aux termes précisés par lui-même (v° *Délégation*, n° 6), c'est-à-dire au cas où il s'agit d'arrérages de rente *non échus* lors de la délégation et atteints de saisies *avant* l'échéance, ou de *loyers* dans les mêmes conditions (V. ce mot), et qu'il en était autrement, même à l'égard de ces produits périodiques, dans les cas de lettre de change acceptée par le tiré, ou de mandements *à ordre* pareillement acceptés. (V. aussi v° *Acceptation de lettre de change.*)

En ce qui regarde la proposition principale, Denisart invoque un arrêt du 29 décembre 1639, rapporté par Henrys (tome I, liv. IV, chap. 6). Il est intéressant de voir comment ce jurisconsulte met aux prises les deux systèmes contraires pour préparer la reproduction de l'arrêt. Mais faisons remarquer tout d'abord que, dans notre ancien droit, le premier saisissant de choses mobilières primait les autres (coutume de Paris, article 178; — d'Orléans, 448 et 449, etc.). La contribution ne s'établissait entre les saisissants qu'au cas de *déconfiture.* C'est donc de cette situation qu'il faut entendre ce qui va suivre :

« Titus, premier saisissant, soutient que l'intervention de « Caïus est faite à tard après saisie et *condamnation;* que, « puisque les lois favorisent la diligence des créanciers, il « n'est pas raisonnable que celui qui ne vient qu'après la *nappe* « *mise,* comme on dit, se puisse prévaloir du labeur et soin « d'autrui, et recueillir le fruit qu'il n'a pas semé, bref prendre « la proie qu'un autre a chassée et poursuivie, et Caïus, au « contraire, s'attache à la règle commune (en cas de déconfi- « ture) et répond que, quelque considération de faveur qu'on « allègue, elle ne sert que pour être remboursé par préférence « des justes frais faits et avancés pour le soutien du procès. » — Sur ce, voici l'arrêt rendu le 29 décembre 1639 :

« ... a ordonné et ordonne que les parties viendront à *con-* « *tribution* et seront payées des sommes à elles dues au sol la « livre, sur lesdits *deniers* étant ès mains dudit Mathieu Girard,

Digitized by Google

« *adjugés* audit défendeur (Louis Chausse) *par arrêt* du 29 jan-
« vier 1633, les frais faits par lui pour parvenir à la *condam-*
« *nation* d'iceux (Christophe et Gui du Verdier les saisis) préa-
« lablement payés, suivant les offres dudit demandeur (Jacques
« Girard, le *créancier intervenant*). »

Ces quelques lignes ont suffi pour nous faire assister au choc ingénieux des deux opinions et à la solution judiciaire qui est des plus nettes malgré l'absence de motifs. Il ne s'agit, il est vrai, que d'une espèce où il y avait déconfiture. Mais puisque aujourd'hui la prérogative du premier saisissant n'existe plus, c'est évidemment l'exception qui devient règle, et d'ailleurs la déconfiture n'est-elle pas l'ordinaire quand des saisies se produisent?

Pothier, ce dernier et suprême rapporteur de l'ancien droit devant notre société nouvelle, a résumé la procédure de saisie-arrêt avec sa limpidité habituelle, sans toutefois résoudre expressément la question qui nous occupe. Remarquons tout d'abord sa définition de la saisie-arrêt : « Acte par lequel le « créancier, pour la sûreté de sa créance, fait mettre sous la « main de justice les *effets* de son débiteur pour l'empêcher « d'en disposer » (Commentaire de la coutume d'Orléans). La généralité de ces termes n'a rien assurément qui tende à différencier la saisie-arrêt des autres saisies mobilières, où la chute en contribution s'opérait sans conteste quand il y avait déconfiture. Pothier, du reste (n° 129), renvoie aux articles 447 et suivants de la coutume, lesquels portent la rubrique *exécution ou arrêt sur les meubles*, et sont ainsi communs à toutes les saisies mobilières. Il enseigne d'ailleurs expressément sous l'article 448 qu'on vient par contribution sur les *biens meubles*, et *qu'il n'y a préférence pour cause que ce soit* (sauf les priviléges). Même doctrine dans son *Traité de la procédure*, où il est dit que les *arrêtants viennent tout au marc la livre*. Mais est-ce à dire que nul de ces arrêtants n'ait été devancé par un jugement de validité, qu'un ou plusieurs autres auraient obtenu? C'est ici qu'il faut entrer plus avant dans le mécanisme des poursuites de ce genre. Écoutons encore Pothier dans son *Traité de la procédure civile :*

« Lorsqu'il y a d'autres créanciers qui ont fait des saisies-
« arrêts, ou même de simples arrêts, ... ou des cessionnaires
« de la créance..., l'arrêté doit les dénoncer au créancier arrê-

Digitized by Google

« tant, afin qu'il les mette en cause ; car l'arrêté a intérêt de « ne faire la délivrance des deniers arrêtés qu'en vertu d'un « jugement rendu avec tous les arrêtants et cessionnaires par « transport, afin d'avoir sa sûreté contre tous.

« L'arrêtant doit les mettre en cause afin de faire juger à « qui les sommes arrêtées seront adjugées et délivrées ; c'est « ce qui forme l'*instance de préférence* entre tous les créanciers « arrêtants et tous les cessionnaires. »

On trouve des explications analogues dans le commentaire de la *coutume d'Orléans*.

La mise en action de ces principes différait peu de ce qu'elle est aujourd'hui, comme on peut le voir par exemple dans le *Nouveau style du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du royaume*, par Desmarquets (1726). Toutefois, il faut reconnaître que l'ensemble de la procédure ne semble pas tout d'abord favorable à la compétition qui viendrait après le jugement de validité. On y lit, en effet (p. 342), qu'à la suite de la dénonciation faite par le sous-débiteur des saisies qui sont en ses mains, *il fallait se faire régler avec les saisissants pour savoir qui touchera les deniers saisis*, et qu'à cette fin, assignation en règlement de *préférence et en contribution s'il y a lieu* devait être donnée par le premier saisissant aux autres, ce qui impliquait en même temps la question de validité pour tous les saisissants sur cette demande complexe. Après quoi le poursuivant faisait ouvrir la contribution entre les *créanciers saisissants*. Mais pour bien mesurer la portée juridique de ces errements, il importe de rechercher s'il y avait là, dans l'ancien droit, quelque chose d'exclusivement spécial à la saisie-arrêt, ou si, au contraire, cette fixation préalable des titres concurrents ne se rencontrait pas dans les autres voies d'exécution. — Or, en premier lieu, dans le titre 3 du livre II du *Style*, on trouve traitées, sous la seule rubrique de *saisies et arrêts*, et la saisie des créances et celle des *meubles*. — Même généralité d'objet au titre 10, intitulé *Des instances de préférence et de contributions entre créanciers*, quoique cependant la matière des saisies-arrêts y domine. — D'une autre part, interrogeons la procédure d'exécution sur les meubles proprement dits. Le même *Style* nous apprend que les *oppositions aux saisies-exécutions et ventes de meubles* tenaient tout en état ; que, pour y échapper, il fallait *par provision faire prononcer*

Digitized by Google

le passé outre à la vente; que toutefois certaines oppositions ne pouvaient jamais *être ajournées*, et que, *après s'être ainsi fait régler avec les opposants, on faisait enlever et procéder à la vente.* C'est dans le même ordre d'idées que Pothier nous montre les *créanciers opposants devenant en quelque façon saisissants* (*Procédure civile*, IVe partie, chap. 2, art. 6, § 2), au point qu'ils devaient être appelés à la vente et au jugement sur l'opposition du saisi. Les articles 610 et 615 de notre Code de procédure abrogent précisément ces règles, et MM. Chauveau et Dalloz en expliquent clairement l'effet novateur. Le second s'exprime ainsi (v° *Saisie-exécution*, n° 340) :

« Sous l'ordonnance de 1667, quand il survenait dans une « poursuite de saisie-exécution des oppositions formées par « des créanciers du saisi, il était sursis à la vente jusqu'à ce « que leur validité, le chiffre et le rang des créances respectives « eussent été reconnus et réglés, etc. » (*sic* Denisart, v° *Saisie-exécution*, n° 24). C'est ainsi que dans plusieurs provinces de France (l'Angoumois, la Lorraine, la Guienne, etc.) l'ordre précédait l'adjudication appelée alors *décret.* — Nous voulons conclure de ces rapprochements que le règlement des droits respectifs *avant* l'ouverture de la contribution basée sur ce règlement, n'était pas uniquement propre à la saisie-arrêt, et qu'il n'y a par suite rien de particulier à en induire en faveur du jugement de validité au point de vue d'une investiture irrévocable. Si donc ce premier règlement entre les prétendants les plus diligents avait fermé tout accès aux prétentions ultérieures, les retardataires auraient dû avoir le même sort dans le cas de saisie-exécution que dans celui de saisie-arrêt, et toute autorité d'un précédent spécial à cette dernière voie d'exécution disparaîtrait. Mais, du reste, on ne voit pas qu'en ce ce qui regarde la saisie des meubles une forclusion se produisit ainsi (à l'instar de l'ordre où le décret levé et scellé arrêtait les oppositions) au seuil de la poursuite. En effet, le premier jugement rendu sur les oppositions *avant* la vente n'excluait pas la possibilité d'un autre débat et d'une autre décision *après* cette vente : « S'il y a des oppositions, dit Pothier (IVe partie, « chap. 2, art. 7, § 2), l'huissier doit *garder les deniers* jusqu'à « ce qu'elles soient jugées, ou les remettre à qui le juge or- « donne *par un jugement rendu entre toutes les parties.* » L'huissier ne consignait donc pas les deniers à la différence du régime

Digitized by Google

actuel; et comme d'ailleurs c'était à lui, ainsi que de nos jours, qu'on signifiait les oppositions, il était naturel qu'elles pussent se produire jusque *dans* l'instance de contribution qui suivait la vente [1]. Il n'en est pas, du reste, autrement sous la législation actuelle (V. Chauveau, n° 2171 *ter*). On comprend donc d'autant plus facilement, à la faveur du parallélisme des deux procédures, que le jugement initial rendu entre tous ceux qui avaient saisi-arrêté n'eût pas non plus la puissance d'exclure toute saisie-arrêt subséquente, ce qu'atteste, comme on l'a vu plus haut, Denisart. Voici, du reste, comment Pothier (*Coutume d'Orléans*, n° 106) fixe les caractères spécifiques des deux poursuites :

« La saisie-arrêt diffère de la saisie-exécution principale-« ment en ce que la saisie-exécution se fait à l'effet de vendre « les effets saisis pour payer le créancier sur le prix; au lieu « que la saisie-arrêt *se fait seulement* pour empêcher que le « débiteur n'en dispose et les divertisse. » N'est-ce pas indiquer que la saisie-arrêt a essentiellement pour objet, non point une subrogation privative à une créance, mais l'immobilisation des deniers du débiteur, de manière à en faire un gage à distribuer entre tous les créanciers venant à contribution? D'Argentré s'est fait l'énergique interprète de cette notion quand il a écrit (sur les articles 261 et 262 de l'ancienne coutume de Bretagne) : *Manu injectâ in tale debitum, non poterit debitor suo creditori solvere.* C'est donc, à proprement parler, une mainmise du premier poursuivant sur la créance saisie; mainmise dont la priorité conférait autrefois un privilége (hors le cas de déconfiture), et qui, dans cette seconde hypothèse, ouvrait simplement la voie à une répartition contributoire entre tous. On pourrait croire que M. Chauveau a fait allusion à cet état des idées anciennes sur la question lorsqu'il a dit (n° 1971 *bis*) : « Cependant, comme cette opinion (de l'effet « exclusif du jugement de validité) *contrarie les idées reçues,* « *particulièrement en Bretagne,* nous croyons nécessaire d'en-« trer dans tous les développements qui peuvent concourir à « justifier les propositions ci-dessus. »

Ces prémisses historiques posées, venons au droit actuel.

La discussion législative du Code de procédure ne jette au-

[1] V. *sic* art. 20 du titre 33 de l'ordonnance de 1667.

Digitized by Google

cune lumière sur l'objet de nos recherches. A peine pourrions-nous tirer de quelques vagues formules des inductions trop incertaines. Il vaut mieux arriver de suite aux sources vives de la doctrine moderne.

L'illustre Proudhon, qui a synthétisé tant de théories dans son riche *Traité de l'usufruit*, y a mis sur la *subrogation judiciaire* l'empreinte profonde de sa rigueur toute géométrique de déductions [1]. Qu'est-elle dans sa racine? Pas autre chose que le résultat de l'action médiate autorisée par l'article 1166, et la saisie-arrêt n'est-elle-même qu'une des modalités de cette action médiate. — Quel est l'effet essentiel de cette voie d'exécution? C'est de substituer celui qui la met en œuvre, non pas seulement à l'exercice utile, mais encore à la *propriété* du *nomen* saisi. Citons quelques traits parmi les plus expressifs :

« Au moyen de cette *adjudication* préjudicielle par laquelle « l'autorité compétente *stipule* pour le débiteur dont les droits « sont soumis à sa juridiction, le créancier se trouve, jusqu'à « concurrence de ce qui lui est dû, *subrogé* au lieu et place de « son débiteur direct...; il ne fait qu'exercer une action dont « la saisie lui a été *adjugée* pour la faire valoir dans son intérêt. » Toute subrogation judiciaire n'est pas autre chose qu'une véritable *expropriation forcée*. De là vient la nécessité d'une autorisation préalable de la justice pour se saisir des droits d'autrui en vertu de l'article 1166. Cependant le subrogé n'est, en général, qu'un *procurator in rem suam* ne jouissant d'aucun privilége tel que celui du gagiste. Mais s'agit-il, en particulier, de la saisie-arrêt d'une *créance?* Y a-t-il eu jugement ordonnant au tiers saisi *de vider ses mains* avec *défense de payer à d'autres?* « Tout est consommé. Le saisissant se « trouve créancier lui-même au lieu et place du débiteur saisi, « puisque la créance de celui-ci lui a été adjugée en *toute propriété* jusqu'à due concurrence, etc. (n° 2270). » La subrogation judiciaire acquiert donc dans ce cas une vertu plus énergique. Pourquoi? parce qu'il y a *somme d'argent adjugée en payement d'une autre*, à la différence de l'hypothèse où une saisie-arrêt de *meubles* est validée; car alors nul doute que le jugement de validité n'oppose aucun obstacle à la concurrence ultérieure d'autres créanciers sur le prix de la vente.

[1] Nos 2236 et suivants.

Digitized by Google

On trouve un fidèle écho des mêmes principes dans le commentaire de Chauveau sur Carré (n° 1971 *bis*). Le jugement de validité y est présenté sous toutes les formes comme opérant dessaisissement du débiteur créancier, délégation ou *transport judiciaire* de son titre au saisissant par l'effet d'une sorte de *cessio in jure*[1], et l'on se *fonde principalement* pour le soutenir, avec la grande majorité des auteurs et des arrêts, sur « la disposition contenue d'ordinaire dans le jugement pour « ordonner au tiers saisi de *vider ses mains* entre celles du sai- « sissant. » C'est donc encore ici l'idée de propriété transférée judiciairement qui se dégage. Qui dit transport et *cessio in jure* dit en effet aliénation. On peut voir d'ailleurs au *Nouveau Répertoire* de Dalloz (nos 445 et suiv.) la même solution incessamment reproduite. — Il y a *saisine* du créancier. — Le juge fait le *payement à la place du débiteur*. — Il *oblige directement le tiers saisi* envers le saisissant. — La *volonté de la justice remplace celle du saisi*. — Le saisissant *devient propriétaire de la créance* et peut prendre inscription, etc. Il en est ainsi même en matière de succession bénéficiaire et nonobstant la réserve dans le jugement des oppositions formées en vertu de l'article 808 du Code Napoléon (Req. 1er août 1849, D. P., 491, 287). Et comme d'ailleurs un transport peut tout aussi bien s'appliquer à une créance non échue, ou non liquide, ou même simplement *éventuelle*, aucune de ces spécialités n'empêche l'attribution privative ci-dessus (30 janv. 1842, ch. civ.; *Nouv. Répert.*, n° 445). Autour de cette thèse génératrice se groupent des questions secondaires que nous aborderons plus tard.

Quant à la thèse même, deux ordres d'idées sont à distinguer : celui où se retranche l'opinion régnante, — celui où la prérogative née du jugement de validité ne serait pas rattachée à une investiture souveraine de la propriété du titre saisi par voie de transport ou cession.

Et d'abord peut-on admettre dans notre droit l'office du juge stipulant pour les parties qui s'y refusent, et transférant *ipso jure* la *propriété* d'un gage commun sans l'interposition d'une

[1] V. n° 1939 *ter*, où le savant auteur emploie cette comparaison, non pas il est vrai à propos d'une saisie-arrêt, mais à propos de la même création judiciaire d'une *saisine* de créance.

Digitized by Google

vente réglémentée d'avance?... Mais les docteurs signalent précisément ce pouvoir comme une particularité de la procédure formulaire de l'ancienne Rome, où, dans trois actions seulement, le Judex pouvait *rem alicui ex litigatoribus adjudiciare* pour favoriser les opérations de partage ou de bornage[1]. Et cependant c'est ce même mot d'*adjudication* que nous retrouvons employé par Proudhon en matière de saisie-arrêt. M. Chauveau, de son côté, demande une analogie rétrospective à la *cessio in jure* si éminemment indigène en droit romain. Mais, du reste, cette *vindicatio* fictive appliquée aux servitudes urbaines et à l'usufruit reposait sur l'*accord* des volontés du cédant et du cessionnaire. Le préteur ne faisait donc, pour ainsi dire, que leur en *donner acte*[2] par la formule de l'*addictio*. Il y avait ce que nous appelons *contrat judiciaire*, lequel n'est autre chose qu'un contrat sanctionné par la justice, et non pas un contrat *créé* par elle de toutes pièces. C'est dans le même sens que l'on emploie quelquefois le brocard *judiciis contrahimus*. Enfin, pour sortir des textes et s'élever au grand principe de droit public qui plane sur l'ordre judiciaire dans les temps modernes, ne suffit-il pas de rappeler que les tribunaux ont pour unique mission de reconnaître et régler des droits *préexistants*, soit en vertu de la loi naturelle ou écrite, soit en vertu des conventions? « Les jugements, a écrit un illustre « magistrat, ne sont que *déclaratifs*, c'est-à-dire que l'autorité « judiciaire se borne à déclarer que tel *fait* existe, que tel *acte* « renferme telle disposition, que *tel droit* appartient à celui qui « le réclame ou qui le conteste[3]. » Quelquefois, il est vrai, certains jugements statuent qu'ils tiendront lieu en faveur d'une partie de tel ou tel acte *promis* et non accompli volontairement. Mais qui ne voit que ces jugements se bornent, en définitive, à imposer l'exécution d'un engagement méconnu?... A quoi bon, d'ailleurs, interroger les règles générales quand les sectateurs eux-mêmes du transport judiciaire par le jugement de validité ruinent eux-mêmes leur théorie si logique en apparence?

En effet, s'il y avait absolument *transport*, quelles en seraient

[1] V. Gaius, *Comment.*, IV, § 42.
[2] *Ibid.*, II, §§ 22 et suivants.
[3] Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, II, p. 308.

Digitized by Google

les conséquences directes? Le saisi désinvesti s'effacerait désormais devant le saisissant investi. A lui d'agir seul contre le tiers débiteur; à lui de conserver la créance, de la mettre en mouvement, d'en assurer le recouvrement s'il est possible; et l'on arriverait ainsi à faire sortir du jugement d'investiture une dation en payement avec *novation* libératoire du premier obligé, ou tout au moins la délégation *parfaite* réglée par l'article 1276 du Code Napoléon.

C'est là cependant ce que repousse M. Chauveau lui-même en s'appuyant sur l'autorité de Pigeau, et M. Dalloz ne fait pas autrement (*Nouveau Répertoire*, n° 453); or que dit Pigeau (V. *Commentaire du Code de procédure*, art. 576)?

« Si le jugement est regardé comme un *transport*, le saisi « sera considéré comme un cédant, et, le cédant ne répondant « pas de la solvabilité du débiteur lorsqu'il ne s'y est pas en- « gagé, il en résulte que si le tiers saisi devient insolvable, « ce sera pour le compte du créancier cessionnaire. — Si ce « jugement est considéré comme la délégation parfaite dont « parle l'article 1276, cette délégation déchargeant le débiteur « qui l'a faite, le créancier n'a pas de recours contre lui..., et « il en résultera que si le tiers saisi, nouveau débiteur, devient « insolvable, la perte sera pour les créanciers sans recours « contre le saisi qui est libéré...; on doit donc décider que le « titre des créanciers est la délégation imparfaite (art. 1275), « parce que le créancier, qui n'étant pas payé en argent par « son débiteur a consenti à être payé autrement, est présumé « avoir voulu que ce qu'on lui donnait en place d'argent ap- « prochât le plus possible de l'argent; et, comme de toutes « les valeurs qu'on lui donnerait, la délégation imparfaite « serait préférable aux deux autres et approcherait plus par « conséquent de l'argent que le transport et la délégation par- « faite, on doit considérer lui et la justice représentant le « saisi comme n'ayant pas demandé et la justice n'ayant ac- « cordé qu'une délégation imparfaite. On peut, en faveur de « cette opinion, tirer argument de l'article 133 du Code de « procédure qui établit que l'avoué qui a obtenu distraction « des deniers dus à son client, n'en conserve pas moins son « action contre sa partie. »

Inutile de faire remarquer au lecteur tout ce qu'il y a de complication laborieuse dans ces déductions. Cela seul, sous

Digitized by Google

une plume si *pratique* que celle de Pigeau, fait sentir combien il est difficile à la raison juridique de s'adapter au droit de préférence que l'on fait naître du payement de validité. — D'une autre part, l'argument tiré par l'habile commentateur de ce qui se passe en matière de distraction de dépens, ne serait pas du tout concluant si l'on voulait en faire sortir une assimilation rigoureuse; car l'article 133 n'est pas autre chose que l'institution d'un privilége spécial en faveur de l'officier ministériel, auquel devait être assuré ce moyen direct de se couvrir de ses avances. Mais laissons ce détail, et revenons à notre objet principal en concluant que Pigeau repousse formellement l'idée d'un *transport judiciaire* produit par la saisie-arrêt, et même celle d'une délégation parfaite; que MM. Chauveau et Dalloz la répudient après lui, et que, par suite, ces deux jurisconsultes attestent eux-mêmes, par la contradiction où ils tombent, l'inexactitude complète de cette formule favorite de *transport judiciaire* qui se reproduit à chaque pas dans leurs propres écrits (V. ci-dessus) et dans la jurisprudence. Dira-t-on que c'est là une pure affaire de terminologie et qu'il suffit de s'entendre? Mais nous répondrions que s'entendre n'était pas si simple qu'on le croirait, puisque l'on trouve partout posée et discutée cette question : « Le jugement qui attribue « au saisissant les sommes saisies et lui donne le tiers saisi « pour débiteur, libère-t-il le débiteur primitif? » Or on vient de voir que la solution gît précisément dans la *qualification* du titre de transmission du *nomen* saisi au saisissant.

En dernière analyse, force est bien de reconnaître que le jugement de validité a tout au plus la valeur d'une délégation *imparfaite* ne libérant pas le saisi. On pousse les conséquences de ce principe jusqu'à enseigner que le saisissant ne peut subir *une responsabilité quelconque* pour n'avoir pas poursuivi contre le tiers saisi l'exécution du jugement (Dalloz, *loc. cit.*, n° 459); ce qui, en supposant de la part du saisissant une négligence qui aurait donné à l'insolvabilité le temps de se produire après l'échéance, serait en désaccord avec la doctrine équitablement empruntée au droit romain par Pothier (*Obligat.*, II, n° 568). Ce grand jurisconsulte ne voit pas autre chose qu'un *contrat de mandat* dans la délégation imparfaite. Il n'y a pas, en effet, de l'aveu de tous, autre chose au fond, et peu importe que ce soit la justice qui ait créé la délégation comme moyen coactif de

Digitized by Google

recouvrement. Elle n'est toujours qu'une sorte de *rescription* ou d'*assignat* dont le bénéficiaire doit se mettre en mesure de profiter ; c'est tout au moins un devoir du for intérieur.

Quoi qu'il en soit d'ailleurs de ce point accessoire, retenons la conséquence ci-dessus. — Mais on en déduit une autre plus notable de la délégation imparfaite, c'est que « le débiteur « saisi n'est pas dépouillé de la *faculté d'agir ;* qu'il a le droit « de *forcer* les tiers saisis de payer dans les mains du saisis- « sant (s'il n'existe pas d'obstacles à ce payement) ou de dé- « poser à la charge des oppositions; que, s'il éprouve quelque « préjudice par la perte des deniers saisis, c'est par sa faute « et son inaction volontaire. » Tels sont les termes d'un arrêt de la Cour suprême du 26 juillet 1836, qui en casse un de la Cour de Lyon du 14 juillet 1832. M. Dalloz (n° 418) en donne le texte avec approbation. M. Chauveau l'invoque de même avec adhésion (n° 1972 *quater*) et renvoie à l'article 1952 *bis*, où il enseigne « qu'il est clair que c'est au débiteur saisi et non « au saisissant que les offres doivent être faites, » sauf la mise en cause, sur leur validité, du saisissant. Faisons remarquer, pour aller au-devant de toute équivoque, que, dans l'espèce de l'arrêt de 1836, on n'était pas seulement en présence d'un simple acte de saisie-arrêt, mais bien d'un *jugement de validité*, et que la négligence reprochée au saisissant consistait précisément à n'avoir pas exécuté ce jugement avec diligence. — Comment donc de telles déductions pourraient-elles demeurer sans influence sur la question capitale à résoudre? Si celui qu'a touché la saisie-arrêt demeure encore investi de la créance qui en est l'objet, au point de pouvoir toujours l'exercer et d'être passible de sa perte, n'est-il pas bien plus difficile qu'au cas de transport ou de délégation parfaite, d'admettre au profit du saisissant une investiture exclusive? Pour en juger plus sûrement, il n'y a qu'à se rappeler les motifs de l'opinion de Denisart. « *La raison* en est que jusqu'au payement effectif « fait au premier saisissant, les deniers *appartiennent toujours* « au débiteur sur lequel ils ont été saisis, et que, s'il y a quel- « que risque à craindre, c'est lui qui le court. Il n'est point « quitte avant que le créancier ait touché, et son débiteur ès- « mains duquel la saisie est faite, *ne cesse point* de lui être « débiteur et obligé jusqu'à ce qu'il ait vidé ses mains et satis- « fait au jugement. » On voit donc (point de vue très-remar-

Digitized by Google

quable) que ce qui décide l'habile praticien contre la prééminence du créancier pourvu d'un jugement, c'est précisément le manque d'un caractère *définitif* à la dévolution qui lui est faite. Telle est aussi la base de l'arrêt de Bourges du 27 juin 1820 qu'invoque M. Dalloz lui-même (n° 453), et dont il rapporte en note le texte. — On voulait rendre le saisissant responsable de 1,700 francs dus par les tiers saisis au delà du montant de sa créance; il prétendait, au contraire, avoir moins reçu. La Cour rejette le grief porté contre lui, par les motifs suivants :

« Qu'une saisie-arrêt et le jugement qui autorise le créan-
« cier sont une véritable délégation donnée par la justice au
« lieu de l'être par le débiteur, et qu'une délégation, même
« acceptée, ne libère pas le débiteur s'il n'a été déchargé ex-
« pressément; que, d'un autre côté, les deniers saisis n'appar-
« tiennent pas au seul saisissant, mais que, hors le cas de pri-
« vilége, tous les créanciers de la partie saisie y ont un droit
« égal; que jusqu'au payement effectif *ils appartiennent au*
« *saisi;* que, s'il y a quelque risque à craindre, c'est lui qui le
« court; qu'ainsi, n'étant point quitte envers le saisissant, et
« les deniers saisis étant *toujours à lui*, il peut, il doit veiller
« à leur conservation et à leur emploi, etc. »

Nous rencontrons donc encore ici la connexité de la délégation imparfaite avec la négation d'une investiture exclusive, ce qui paraît avoir échappé à M. Dalloz, l'un des partisans de cette investiture. — Il faut cependant reconnaître que, s'il s'agissait d'une délégation imparfaite opérée *par contrat* et *signifiée* au délégué (art. 1690), le bénéficiaire en serait seul investi par une saisine complète, absolument comme s'il y avait délégation parfaite. C'est ce qu'admettent la doctrine et la jurisprudence modernes, à la différence du droit romain où la délégation impliquait forcément novation[1]. Mais, comme nous croyons l'avoir établi déjà, autre chose est un *acte* de délégation *volontairement consentie*, autre chose une dépossession judiciaire de la créance. C'est même improprement qu'on appelle délégation imparfaite l'affectation produite par le jugement de validité. Elle a un caractère *sui generis* qui la rap-

[1] V. *Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement*, par M. Gabriel Demante (n° 422). Il y avait controverse dans notre ancien droit.

Digitized by Google

proche du simple gage et l'éloigne d'une transmission immédiate. Mais ne devançons pas les développements qui vont suivre.

Ce premier ordre d'idées n'est pas en effet, à beaucoup près, le seul qui milite contre la doctrine régnante.

Si cette doctrine a pour elle la majorité des suffrages, qu'on nous permette de dire qu'elle n'est pas la plus riche en motifs largement déduits. Quelle abondance, au contraire, et quelle habile coordination des moyens qui la combattent! Il suffirait pour s'en convaincre de rapprocher les éléments que fournit le *Nouveau Répertoire.*

Si, par exemple, on fixe ses regards sur l'économie des textes dont nous n'avons rien dit jusqu'ici, que voit-on s'y succéder? — La dénonciation et la contre-dénonciation, — le *jugement sur la validité* (art. 566 et 567), — l'assignation du tiers saisi en déclaration (568, 569, 570), — cette déclaration (571 à 574), — puis, s'il *survient de nouvelles saisies*, dit l'article 575, leur dénonciation à l'avoué du premier saisissant. — N'est-il pas manifeste que, dans l'ordre des dispositions de la loi, apparaissent des saisies-arrêts *postérieures* à la déclaration du tiers saisi et, *à fortiori*, au jugement de validité? Si, de plus, on rapproche les articles 557 et 656, n'est-on pas frappé de ce qu'ils comprennent indistinctement dans leurs formules les *deniers* arrêtés et le prix des *effets mobiliers* vendus sur saisie-arrêt? Le second de ces articles est surtout expressif; car il paraît indiquer pour les deux cas un dénoûment identique, c'est-à-dire une contribution dans laquelle on peut intervenir utilement *sans mainmise préalable* (V. Chauveau, 2171 *ter*).

Mais, comme il ne faut pas attacher trop de valeur à la contexture des articles de loi, nous aimons mieux encore recommander au lecteur l'arrêt si fortement tissu de la Cour de Rennes du 19 juillet 1820 (V. *Nouveau Répert.*). Il tend à démontrer, pour ne pas dire qu'il démontre, que le jugement de validité ne saurait engendrer ni *propriété* de la créance saisie, ni *privilége*, ni *nantissement;* d'où il induit « qu'il serait contradictoire d'exiger des autres créanciers pour faire valoir « leurs droits, l'observation de formalités que la loi ne leur « impose pas; qu'il doit suffire qu'ils se fassent connaître légalement et qu'ils déclarent en temps utile... qu'ils veulent

Digitized by Google

« user de leurs droits sur la somme arrêtée; ce qui explique « pourquoi on ne trouve dans le tarif aucune disposition rela- « tive à des actes particuliers d'opposition de la part des « créanciers non saisissants, etc. » C'est sur des bases analogues que reposent les arrêts de Paris des 30 juin 1826, 11 novembre 1841, 10 mai 1842, 24 juin 1851, et le jugement du tribunal de la Seine du 25 mars 1834 (V. *ibid.*).

A ces premiers arguments intrinsèques on en peut joindre d'extrinsèques en réunissant sous une même vue synoptique les divers modes d'exécution mobilière. — Sans sortir du domaine de la saisie-arrêt, on voit le jugement de validité se réduire, de l'aveu de tous, en ce qui regarde les *meubles*[1] (art. 579), aux effets de la saisie ordinaire, vente et distribution contributoire. Et cependant le prix de la vente est aux mains d'un tiers, officier public ou consigné. Pourquoi donc serait-il interdit aux créanciers les plus vigilants de le frapper d'une saisie-arrêt qui les en rendrait seuls *propriétaires?* Et cependant telle n'est pas l'économie de la loi. La simple opposition n'assure qu'un droit de concours, et M. Chauveau tient l'article 610 pour impéditif de toute mainmise absolue (V. n° 2077 *bis*). M. Roger admet, au contraire, la possibilité de saisir-arrêter (n° 39); mais, il est vrai, ce jurisconsulte refuse à la saisie-arrêt, même validée, toute vertu privative. Ces deux opinions s'accordent donc, au fond, à maintenir inflexiblement la parité des droits à la suite de l'expropriation mobilière. Et pourtant ne comprendrait-on pas facilement que le poursuivant surtout pût, comme autrefois, profiter seul du prix donné par l'opération dont il a eu la charge? Mais non, l'égalité prévaut sur tous les efforts possibles, tandis que si, dès l'origine, une somme se fût trouvée toute faite dans les mains d'un tiers, le jugement de validité aurait, d'après la doctrine régnante, irrévocablement investi son bénéficiaire. — S'agit-il de sous-ordre ou de sous-contribution, même impossibilité d'acquérir une attribution privilégiée. Quant au premier, l'article 771 est impératif. « Tout créancier peut prendre inscrip- « tion pour conserver les droits de son débiteur; *mais* le

[1] Nous reconnaissons sans difficulté que l'article 579 doit être uniquement appliqué, *dans sa lettre*, aux objets matériels qui tombent sous la saisie-exécution. Mais V. *infrà* les solutions opposées.

Digitized by Google

« montant de la collocation du débiteur est distribué, comme « chose mobilière, entre *tous* les créanciers inscrits ou *oppo-* « *sants* avant la clôture de l'ordre. » En ce qui regarde la sous-contribution, même règlement des droits. Et cependant, dit Pigeau (*Procédure*, II, p. 209, n° 9) auquel renvoie M. Chauveau (n° 2169 *bis*), l'opposition *doit être dénoncée à celui contre qui et sur qui elle est faite, comme dans les saisies-arrêts.* On peut s'en convaincre en lisant la formule-modèle du savant praticien. Son seul titre : *Opposition par un créancier du créancier du saisi* et ses énonciations mettent clairement en jeu l'article 1166 du Code Napoléon; mais néanmoins il n'y aura pas dévolution totale à l'opposant du mandement octroyé à son débiteur. On répondra peut-être qu'il n'y a là ni saisie-arrêt proprement dite, ni (encore moins) jugement de validité. — Sans doute; mais le système de la loi admettrait-il une saisie-opposition *en forme* dans l'espèce? On ne le prétendra pas apparemment.

Venons à d'autres rapprochements plus notables encore.

Une grave difficulté surgit quand on est en face d'une saisie-arrêt de fruits civils non échus, ou d'une créance, soit conditionnelle, soit à terme, dont l'exigibilité est, par conséquent, ou incertaine ou différée. C'était là une redoutable épreuve pour la théorie de la *subrogation* ou du *transport judiciaire.* — Si le jugement de validité a la puissance, dans le cas ordinaire, de *substituer* le saisissant au saisi, il semble inévitable que cette puissance soit également efficace dans les autres situations. Où serait, en effet, l'obstacle à la transmission judiciaire d'un titre éventuel ou à terme, quand la transmission d'un titre exigible est une fois acceptée? Comment la justice serait-elle moins apte à l'une qu'à l'autre? Aussi la Cour suprême, dans son arrêt du 30 janvier 1842, a-t-elle résolûment déduit les conséquences du principe posé en décidant « qu'en « matière de transport conventionnel ou judiciaire, la loi n'é- « tablit aucune distinction entre les créances échues et celles « à échoir, ni entre les créances liquides et celles non liqui- « des, ni entre celles certaines et celles éventuelles; que les « unes et les autres peuvent être l'objet d'une cession comme « l'objet d'une saisie-arrêt, sauf au cessionnaire ou au saisis- « sant à subir les conséquences du terme, de la liquidation ou « de l'éventualité, etc. » Rien n'est plus logique, mais rien

Digitized by Google

n'est moins admissible en pratique; car on aboutirait ainsi à mettre en séquestre, dix, vingt ans et plus à l'avance, la fortune mobilière d'un débiteur, de façon à enlever toute ressource aux créanciers postérieurs. Aussi s'est-on évertué à trouver des distinctions qui permissent d'échapper à la fatalité du principe; on a donc été amené à préciser davantage l'effet dévolutif du jugement de validité, et l'on n'en a placé l'essence dans la disponibilité matérielle et *présente* d'une somme que le jugement peut faire verser sans intervalle *de droit* des mains du tiers saisi dans celles du saisissant[1]. M. Dallos (*Nouveau Répertoire*, n° 448) s'est particulièrement attaché à bien fixer la restriction. « D'abord, dit-il, il est constant qu'un créancier « ne peut, pour se payer, s'approprier *les biens* de son débi- « teur, mais qu'il peut seulement les faire vendre afin de se « payer sur le prix... Une créance à terme n'est pas de *l'ar- « gent*, c'est un droit qui est susceptible *d'être cédé*... Et ici « il faut bien remarquer la différence entre une opposition « formée sur une créance échue et celle formée sur une qui ne « l'est pas. Dans le premier cas, le juge qui ordonne le paye- « ment *transmet des deniers*;... c'est de l'argent mis sous la « main de justice qui est appelée à en déterminer l'emploi et « qui le fait. Dans le second cas, au contraire, le juge ne « payerait pas en transmettant des deniers, mais en transmet- « tant *un droit* à une créance future dont il doit se borner à « ordonner la *vente* comme de *tout autre* effet mobilier... La « saisie-arrêt, en ce cas, ne doit pas produire d'autre effet que « la saisie-exécution, etc. » On force évidemment ainsi le texte de l'article 579, que tout d'abord on restreignait cependant aux meubles proprement dits pour fortifier le système de l'attribution exclusive par le jugement de validité. C'est aussi ce que professe M. Chauveau (n° 1972, et *Formulaire*, p. 577, note 1*). Puis il ajoute : « Pour atteindre le but qu'il « s'est proposé, c'est-à-dire pour arriver au payement immé- « diat de sa créance, le saisissant doit, lorsque la déclaration « du tiers saisi lui révèle l'existence d'une créance à terme, « conclure, non pas à être substitué au créancier saisi dans la « *propriété* de cette créance, mais à être autorisé à la faire

[1] V. en ce sens arrêt d'Angers du 3 avril 1830, à propos de fruits civils nés depuis la faillite du saisi.

Digitized by Google

« vendre à son profit; car si le saisissant ne prend que des « conclusions ordinaires, il ne sera pas admis ensuite à se « pourvoir pour faire procéder à la vente[1]. » L'auteur fait ici allusion et renvoie d'ailleurs à un arrêt de la Cour d'Orléans du 6 mars 1847 (*Journal des avoués*, t. LXXII, p. 614, art. 292), qui a statué qu'en effet le saisissant, une fois investi par le jugement de validité de la *propriété* de la créance, *a perdu le droit de la faire vendre..., le prix à obtenir de la vente forcée pouvant ne pas égaler l'avantage à provenir du payement de la créance à son exigibilité*. On voit par ce simple extrait que la Cour d'Orléans ne s'arrête pas plus que la Cour de cassation devant les conséquences extrêmes de la dévolution d'une créance *à terme* au saisissant à titre de *propriétaire*. Aussi M. Chauveau rappelle-t-il, dans ses *observations* à la suite du texte, qu'il a *restreint dans de justes limites les effets du jugement de validité*. Nous ne trouvons donc partout que fluctuations et divergences sur les points les plus *pratiques*. Il en sera malheureusement de même des autres questions qui naissent de cette matière. — Mais fixons l'analyse sur la spécialité dont il s'agit ici. — Peut-on être satisfait du point de vue qui présente l'attribution judiciaire d'une somme exigible comme l'équivalent d'un *payement* déjà effectué? Ce serait donc là une sorte de tradition de *brève main* qu'on ferait rentrer fictivement dans le cercle de l'article 1141 du Code Napoléon? Mais pourtant quelle est la situation? Une *créance* est mise, il est vrai, sous la main de justice et aussi sous la main du poursuivant. Mais n'y a-t-il donc aucun intervalle entre la *bourse* et le *denier*, nous allions dire entre la coupe et les lèvres? Est-il sûr que le tiers saisi soit solvable? Le saisi peut-il se dire déjà libéré? Nul ne le soutient. Ce qui s'est opéré, c'est la consécration en faveur du poursuivant de la faculté d'*exercer*, en vertu de l'article 1166, la créance de son débiteur. Or toute la difficulté gît dans ce problème : à quel titre et avec quelles prérogatives l'exercera-t-il? Sera-ce comme bénéficiaire d'un transport ou subrogation? Peu importe alors, comme le juge la Cour suprême, que la créance appréhendée soit à terme ou éventuelle.

[1] M. Chauveau regarde les formes de l'expropriation des rentes comme inapplicables aux créances (V. question 2126 *bis*). La Cour de Paris les tient au contraire pour applicables (arrêt du 24 juin 1851), même aux créances *exigibles* qu'elle fait aussi tomber en contribution en vertu de l'article 579.

Digitized by Google

— N'y a-t-il, au contraire, que le simple bénéfice d'une substitution (accessible à tous les ayants droit) à l'*action* du discuté? Alors s'évanouit de même toute disparité entre les effets de cette substitution, à raison de la nature ou des modalités de l'objet auquel elle tend. Dans une hypothèse, le substitué pourra forcer de suite le tiers saisi à s'acquitter; dans l'autre, il ne le pourra qu'au terme ou à l'événement de la condition, et risquera ainsi davantage de subir d'ici là le concours d'autres poursuivants. Mais le fond des choses est toujours le même. La différence ne porte que sur les accidents extrinsèques de l'agissement. Et cependant on veut distinguer en cédant à l'empire d'une raison de convenance. On veut, si la créance est exigible, que l'article 579 devenant inapplicable, la justice soit censée payer d'ores et déjà le saisissant en *deniers* comptants; on veut que, si elle n'est pas exigible, l'article 579 intervienne hors de son domaine; on veut même que non-seulement le saisissant ne soit pas rendu *propriétaire* des sommes en jeu, mais encore que le saisi lui-même n'en *soit pas* propriétaire absolu; car M. Chauveau a écrit (note citée plus haut) « que le jugement ne transfère *exclusivement* « au saisissant que les sommes qui se trouvent *actuellement* « *dans la propriété du débiteur*. » Comme si une créance exigible ou non n'appartenait pas *toujours* au créancier! Mais, dira-t-on, le savant professeur ne parle ici que *des sommes;* à quoi nous répondrons encore que le titulaire d'une créance exigible n'est pas non plus propriétaire, matériellement parlant, des *deniers* qui lui seront (ou non) payés plus tard. En vérité nous sommes ici aux prises avec les subtilités du moyen âge. Faut-il donc faire rentrer, au XIXe siècle, la scolastique dans le droit pour le plier aux besoins d'un système? Demeurons, de grâce, dans cette bonne et simple *sapience* qui était si chère à nos pères, qui donne tant de saveur à leurs écrits juridiques, et qui seule peut s'accommoder à l'esprit français, comme à une marche claire et sûre de la pratique. Si d'ailleurs nous interrogeons la sagesse romaine, nous lisons bien à la loi 15, Dig., *De reg. juris : Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. Mais est-ce donc à dire que celui qui a le droit de se faire délivrer une chose fongible, telle qu'une somme d'argent indéterminée dans ses éléments, en soit déjà propriétaire *in specie*, parce qu'il n'y a pas de

Digitized by Google

terme à sa créance? Cela ne se discute pas. Au reste on peut voir dans le commentaire de Cujas sur ce titre (*Prælectiones*) que cette maxime avait un intérêt tout *relatif* en vue de fixer les cas où telle personne peut à certains égards être considérée comme ayant déjà la chose due. Par exemple, dit le grand jurisconsulte, « qui legatum agnovit, quia actionem habet, hoc « ipso rem habere videtur ut implere voluntatem defuncti com- « pelli possit. » Mais de cette règle il faut rapprocher cette autre du même titre (loi 204) : *Minus est actionem habere quam rem*, et cette autre (loi 6, Dig., *De dolo malo*) : « Nullam ac- « tionem videtur habere cui, propter inopiam adversarii inutilis « actio est. » (V. aussi Cujas.) *Habere* n'a donc ici qu'un sens conditionnel, et, comme le dit la loi 164, § 2, *De verb. signif.*, « habere sicut pervenire *cum effectu* accipiendum est. » Nous sommes donc de plus en plus amené à reconnaître que la distinction faite par MM. Chauveau et Dalloz entre les créanciers exigibles et non exigibles au point de vue d'une subrogation du saisissant à la propriété, n'est qu'un expédient antijuridique et arbitraire pour pallier les conséquences funestes de la théorie inflexiblement sanctionnée par la Cour suprême.

Il nous reste à toucher quelques détails et à bien préciser, au terme de cette analyse, la véritable assiette de la question; car jusqu'ici nous en avons surtout dégagé les abords par voie d'élimination critique, et ce dégagement n'est pas achevé.

M. Chauveau attache une très-grande importance à la formule ordinaire des jugements de validité, qui ordonne au tiers saisi de *vider ses mains* dans celles du saisissant. « *Lorsqu'elle s'y* « *rencontre*, dit-il, n'est-il pas évident qu'elle forme entre le « saisissant et le débiteur un lien de droit dont rien ne peut le « dégager? » Nous avouons ne guère comprendre que la portée du jugement puisse dépendre ainsi des formes de la rédaction. Quelle serait donc la vertu sacramentelle de ces expressions *vider ses mains?...* Si le jugement a, en effet, la puissance d'une *saisine* absolue, ne doit-elle pas résider dans sa substance même, abstraction faite des accidents du langage? Le transport judiciaire est tout ici : le versement des deniers n'est qu'un fait subordonné de l'exécution, et cependant M. Chauveau signale l'induction tirée de ce fait ordonné par le juge comme le *fondement principal* de son système. — M. Dalloz est, à son tour, frappé de ces mots de protocole : *quoi faisant*

Digitized by Google

valablement déchargé. Plusieurs arrêts relèvent aussi les termes du dispositif habituel. Il nous paraît cependant facile de les concilier avec l'éventualité d'une distribution générale. Une fois, en effet, celle-ci admise *en principe*, il faudra bien que le *jussus* du magistrat soit mis en harmonie de sens avec ses prémisses, et d'ailleurs ce *jussus* relatif à chaque ayant droit n'est pas nécessairement *exclusif* de tout concours d'autres titres similaires. La preuve en est dans la compétition, inévitable aux yeux de tous, de saisissants qui auraient, séparément et dans les délais utiles, obtenu des jugements de validité. Chacune de ces décisions porterait le même commandement de *verser*, et cependant il faudrait bien en venir à la contribution prescrite par l'article 656. *Concursu partes fiunt*. Rien de plus usuel en droit et en pratique.

On peut dire encore : Le saisissant muni d'un titre authentique n'en est pas moins tenu d'obtenir jugement de validité. Mais à quoi lui servira ce jugement s'il n'est pas plus avancé qu'un créancier qui procède avec un titre privé, ou même sans titre, avec permission du juge? Sa créance était exécutoire déjà; à quoi bon la sanctionner judiciairement? — Cette objection qui paraît d'abord invincible s'évanouit bien vite à l'examen. — La saisie-arrêt se distingue des autres saisies par un caractère grave que Proudhon a très-bien fait ressortir (*De l'usufruit*, n°s 2238 et suiv.) : à savoir l'interposition d'un tiers dans les rapports de deux personnes dont l'une doit à l'autre. De là des entraves au mouvement des capitaux, à la libération des débiteurs, aux affaires du saisi; c'est la paralysie des facultés civiles. Il faut donc au plus vite que la justice prononce sur la *validité* de cet interdit. Or un titre même authentique ne peut-il pas être neutralisé par des quittances, des compensations, des contre-lettres? Le poursuivant ne peut-il aussi avoir son payement assuré déjà par d'autres attributions certaines? La saisie-arrêt n'est-elle pas alors ou une précaution méticuleuse et tracassière, ou un embarras méchamment jeté dans la position d'un ennemi pour atteindre son crédit? On conçoit sans peine que tant d'intérêts demandaient une garantie spéciale. — Le créancier porteur d'un titre authentique aura encore sur les autres l'avantage de mener plus rapidement sa poursuite (V. art. 568). Ce n'est pas sans étonnement que nous avons vu M. Chauveau, partisan de l'ef-

Digitized by Google

fet dévolutif du jugement, abonder pleinement (n° 1927) dans l'explication précédente, car il y dit : « Quel besoin aurait-on « d'une action en validité si la créance n'était pas contestée? « Quel *autre but* a-t-elle que de faire statuer sur la contestation « que la créance pourrait subir? » Nous sommes là bien loin du transport judiciaire...

Rappelons ici certains cas exceptionnels où la saisie-arrêt n'aboutit pas à un jugement de validité, et où il paraît impossible que l'on fasse intervenir un transport judiciaire au saisissant. Par exemple, l'article 640 du Code de procédure porte en matière de saisie des rentes ce qui suit : « L'exploit de saisie « *vaudra* toujours saisie-arrêt des arrérages échus et à échoir « jusqu'à la distribution. » C'est donc là une saisie-arrêt simplifiée, et MM. Chauveau (n° 435) et Duvergier (notes sur la loi du 24 mai 1842) la dispensent même de dénonciation au saisi. Or on remarque que l'article ci-dessus met sur la même ligne *les arrérages échus et à échoir*, et les fait rentrer tous sous la règle *de distribution par contribution*, posée dans l'article 654. Cependant il s'agit, quant aux arrérages *échus* surtout, d'une créance ordinaire placée sous la main de justice, et qui, toute frappée qu'elle soit par un acte *qui vaut saisie-arrêt*, sera l'objet d'une répartition pure et simple au marc le franc. On peut répondre, il est vrai, que la saisie du capital de la rente absorbe dans son sein, comme accessoire, les arrérages qui en sont le produit et dont le sort doit être ainsi le même. Mais cette réponse laisse subsister la question suivante : Celui qui saisit le capital de la rente ne pourrait-il pas appliquer en même temps aux *arrérages* les formes ordinaires de la saisie-arrêt afin d'en être exclusivement investi? S'il le peut, quelle complication subversive des vues d'abréviation de l'article 640! S'il ne le peut pas, restera la particularité d'une saisie-arrêt *non dévolutive*. Pour s'en convaincre d'autant plus, on lira utilement les prolégomènes de l'article *Saisie des rentes* au *Nouveau Répertoire* (p. 645 à 652). La notion qui en ressort, c'est que cette saisie est en quelque sorte une saisie-arrêt à sa plus haute puissance, quoique le caractère immobilier semble tout d'abord y prédominer : veut-on atteindre les arrérages seulement? il suffit de la saisie-arrêt ordinaire; veut-on atteindre la substance même ou le capital de la rente? il faut aux formalités habituelles en *joindre* un surcroît qui réponde à

Digitized by Google

l'importance de cette seconde dépossession. « De là, dit très-« bien M. Dalloz (n° 9), l'utilité et même, on peut le dire, la « nécessité de l'alliance des deux saisies pour parvenir à la « saisie d'une rente, etc. » Il y a donc deux éléments distincts dans cette procédure (comme ils sont dans la rente), et il serait anormal que la réunion de ces deux éléments dans la même poursuite imposât fatalement aux arrérages *échus* une répartition contributoire en excluant toute possibilité de s'en faire investir, par une saisie-arrêt *ad hoc* jugée valide, si d'ailleurs cette investiture était de règle comme on le décide. — Autre est le cas de loyers et de fermages qu'une opposition a touchés dans le cas de l'article 685; car il y a alors *immobilisation* hypothécaire qui écarte forcément de ces fruits civils et la distribution au marc le franc, et la dévolution par un jugement de validité.

Ce n'est pas tout. Quel bizarre contraste va se produire dans le système prépondérant qui applique le transport judiciaire même aux créances inexigibles! Si le saisissant demande la subrogation aux droits du saisi, le jugement le rendra *propriétaire* de la créance. — Si, au contraire, il s'avise de provoquer la mise en vente de cette créance, il y aura pour lui nécessité de subir la contribution... Et cela quel que soit le mode de vente adopté. — En effet, est-ce celui établi par la loi pour les rentes? l'article 654 impose la contribution. — Est-ce un autre procédé? nous avons entendu plus haut M. Dalloz enseigner que la saisie-arrêt *ne doit pas produire d'autre effet que la saisie-exécution*, comme au cas de l'article 579. De son côté, M. Chauveau professe (n° 2126 *bis*) « que la procé-« dure relative aux rentes concernant uniquement cette nature « de biens, tous les autres droits incorporels qui sont aussi le « gage des créanciers de leurs propriétaires, ne peuvent servir « à répondre des dettes de ces derniers que suivant les formes « tracées par le Code de procédure pour la saisie des meubles « ou des immeubles, suivant qu'ils rentrent dans l'une ou « l'autre de ces deux classes. » — Or se peut-il que l'égalité ou l'inégalité de condition des créanciers du saisi tienne uniquement à la forme extérieure de réalisation du gage? Ne faudrait-il pas reconnaître alors que la *forme emporterait le fond* de la façon la plus irrationnelle et la plus inique? Ce serait faire ressembler la procédure à un jeu, et les décisions judi-

Digitized by Google

ciaires à un caprice. Ou, tout au moins, le caprice serait dans la volonté du premier saisissant qui, suivant la formule de ses conclusions, permettrait ou empêcherait la distribution au marc le franc.

Évidemment le terrain manque sous nos pieds. Vainement l'esprit s'efforce d'y trouver des points d'appui pour une coordination harmonique de tant d'idées discordantes. Il retombe découragé sur lui-même. Mille et mille voies divergentes s'ouvrent à ses regards. Mais où est le centre synthétique; le principe générateur dans lequel il pourra reposer en pleine lumière? Il ne saurait trouver un calme trompeur qu'en s'endormant sur l'oreiller commode d'une pratique convenue. Mais si, au contraire, on fait plier le jugement de validité sous la règle dominante de l'article 2093, quelle unité simple et lumineuse! Plus de désaccord avec notre ancienne jurisprudence; plus d'embarras sur la définition légale du jugement de validité, dans lequel on voit tour à tour aujourd'hui transport, subrogation, délégation plus ou moins complète; plus de violence faite à l'économie des textes; plus d'anomalie dans une exception, dont l'étendue est elle-même controversée, au principe d'ordre général, qui, dans toutes les autres situations analogues, sauvegarde l'égalité de droits de tous les créanciers sur un gage exproprié que ne grève aucun privilége. Plus tard on verra mieux encore, quand nous aurons traité de la chose jugée en cette matière, à quel point la dévolution admise aujourd'hui est resserrée sur une base si étroite, qu'il est difficile de lui trouver un intérêt pratique. Est-ce donc bien la peine d'édifier si laborieusement et si confusément un appareil qui sera presque toujours inerte?

Toutefois, les développements qui précèdent laissent subsister encore une difficulté qui, la moins aperçue de toutes, est cependant la plus grave. Et c'est ici seulement que les dernières profondeurs de la question vont être sondées, tant elle recèle de complexité cachée sous une simplicité trompeuse! Nous voulons parler du lien intime qui rattache la détermination des effets du jugement de validité à ceux de l'acte même de saisie-arrêt, ou, en d'autres termes, le caractère exclusif ou non de l'attribution judiciaire à la disponibilité ou l'indisponibilité de ce qui excède, dans la somme saisie, le chiffre de la créance du premier saisissant. Pour bien mettre en

Digitized by Google

lumière cette étroite connexité, il faut la saisir d'abord au sein de notre ancienne jurisprudence. — Que se passait-il alors en cas de concours d'une première opposition, d'une cession et d'autres saisies-arrêts venant après celle-ci?... Rien n'était plus net et plus rationnel. Écoutons Denisart (v° *Transport*, n° 10) :

« Le transport d'une créance n'est valable que quand celui « qui la cède en est propriétaire. Si elle était saisie à la requête « de ses créanciers, le transport ne vaudrait que *comme saisie*. « Me Jouhannin plaidant une semblable question a cité et, je « crois même, lu un arrêt qu'il a daté du 8 mars 1760, par « lequel il dit avoir été jugé qu'une saisie faite pour raison « d'une somme de 180 livres entre les mains d'un débiteur de « 400 livres, antérieurement à la signification du transport de « cette dernière somme, avait conservé le droit des saisissants « postérieurement au transport, nonobstant les offres faites par « le cessionnaire de payer le saisissant antérieur à la signifi- « cation du transport. »

On aperçoit tout de suite combien il était facile, avec un tel système, de réserver le concours des saisissants *attardés* avec ceux qui *avaient déjà fait* valider leurs saisies. La première avait suffi pour tenir en arrêt la *totalité* du gage pécuniaire aux mains du tiers débiteur de la partie discutée, de telle sorte que rien ne pouvait plus être ni *payé* ni *cédé* jusqu'au règlement général entre tous les prétendants. Le premier saisissant était, de même que dans les exécutions ordinaires, censé avoir mis la créance sous la main de justice, en vue, non pas d'être désintéressé le plus vite possible à l'exclusion des autres, mais, tout au contraire, de provoquer une liquidation *collective* du gage commun, sauf les priviléges légaux tels que celui du premier saisissant lui-même hors le cas de déconfiture. Cette présomption naissait de la nature même des choses; car, d'une part, on ignore au début le montant précis de ce qui est dû par le tiers, et, d'autre part, le *quantum* des droits du poursuivant n'est pas moins indéterminé, puisqu'il dépend de la durée du cours des intérêts avant le payement, et du taux des frais variables eux-mêmes, suivant les incidents de procédure survenus ou non. Il est donc impossible, soit au tiers saisi de savoir *ab initio* ce qu'il doit en sus du titre du premier saisissant, soit, par conséquent, au saisi de se faire payer par le premier cet excédant ou d'en faire

Digitized by Google

transport avec assurance. Il est plus impossible encore de connaître d'avance le nombre et l'importance des nouvelles oppositions qui surgiront pendant le cours de la procédure, et, par suite, le total des créances à satisfaire. Quoi dès lors de plus naturel que de dire : la somme arrêtée demeurera immobilisée jusqu'à l'apurement définitif de la contribution qui s'ouvrira entre *tous* les saisissants munis de jugements de validité? Cette doctrine avait été fidèlement recueillie par les premiers interprètes de nos lois nouvelles. Elle inspirait notamment la jurisprudence de la Cour de Paris et du tribunal de la Seine. On cite comme ayant inauguré le principe contraire, l'arrêt du 26 février 1834 de la Cour de cassation et celui du 22 juin 1837 de la Cour de Paris. *Inde mali labes.* De là cette pullulation de systèmes plus ou moins arbitraires que l'on a peine à compter et surtout à comprendre (V. à ce sujet le curieux travail de M. Philippe Flamm dans la livraison d'avril 1854 de la *Revue*). Il en dénombre neuf et en propose un dixième qui n'a pas fait fortune. M. Chauveau (*Formulaire*, t. I, p. 358) signalait comme ayant triomphé celui qui met le cessionnaire ou le tiers saisi (ayant payé l'excédant de la première opposition) à l'abri de tout recours, et fait distribuer entre tous les saisissants les sommes conservées, sauf pour les créanciers postérieurs l'obligation de laisser prendre par les antérieurs ce qu'ils auraient touché si la distribution avait porté sur l'ensemble de la créance frappée de saisie. Mais M. Bioche, dans la dernière édition de son *Dictionnaire de procédure* (t. VI, p. 56), indique comme ayant prévalu le système de la contribution entre tous les opposants antérieurs ou postérieurs au transport, en accordant aux antérieurs un recours en indemnité contre le cessionnaire qui leur a rendu plus nuisibles les oppositions postérieures. — De toutes ces conceptions si disparates se dégage un principe commun, à savoir la *cessibilité*... de ce qui excède le *quantum* de la première saisie, et la possibilité légale pour le tiers saisi de le payer au saisi avant l'achèvement de la procédure de poursuite. L'une de ces facultés entraîne nécessairement l'autre. Voyons-en maintenant les conséquences juridiques et les effets pratiques.

L'indisponibilité ne se produisant plus qu'au point de vue individuel et *relatif* du premier saisissant, les articles 1242 et 1298 seront pris et appliqués avec une restriction correspon-

Digitized by Google

dante, c'est-à-dire que l'interdiction de la compensation qui n'est qu'un mode de payement se référera *uniquement* aux créanciers qui auront à temps pris leurs mesures, et n'opérera pas en faveur de ceux qui n'agiraient que *plus tard* (mais bien entendu avant la clôture de la contribution, ou plutôt avant le règlement provisoire, sans quoi il n'y aurait pas de question). C'est ainsi que les deux articles précités étaient expressément entendus par la Cour de Nancy, le 23 août 1824, et par celle de Pau, le 26 février 1835. On lit dans les motifs de ce second arrêt « que l'article 1242 ne défend de se dénantir « qu'au préjudice des créanciers saisissants ou opposants, ce « qui exclut l'idée qu'on ne puisse se dénantir au préjudice « des créanciers inconnus et négligents à *l'époque* du trans- « port (à un *cessionnaire*). » Quant à l'arrêt de Nancy, il raisonne de même au sujet de l'article 1298, et en induit que le tiers saisi devenu créancier ne pouvant plus compenser au détriment du saisissant qui l'a précédé, mais de *lui seul*, il y aurait *contradiction* et *injustice* à accorder, une fois le jugement de validité rendu, à de nouvelles oppositions la puissance d'en disputer les avantages au bénéficiaire, puisque le tiers saisi qui n'est pas moins intéressant qu'eux, dès qu'on le suppose aussi créancier lui-même, est frappé d'impuissance. Voilà donc l'investiture absolue par le jugement de validité tirée logiquement de la disponibilité de ce qui excède les droits du premier saisissant; ce qui met en pleine lumière la connexité des deux questions.

Mais que l'on se place, au contraire, dans l'horizon plus large de notre ancienne jurisprudence : tout va changer, principes et conséquences. L'indisponibilité *totale* de la somme due par le tiers saisi étant prise pour point de départ, les articles 1242 et 1298 vont recouvrer leur extension si rationnelle à tous les opposants *futurs* dans les limites spécifiées tout à l'heure, extension qui résulte formellement, suivant la remarque de M. Chauveau, des termes mêmes de l'article 1242, où sont mentionnés généralement tous *les créanciers saisissants ou opposants;* or cette généralité du *pluriel* efface toute la portée du *singulier* qui se rencontre dans l'article 1298, lequel ne peut être en désaccord avec le précédent dont il est une suite.

En définitive donc, il doit paraître évident que le principe d'indisponibilité *restreinte* qui règne aujourd'hui devait for-

Digitized by Google

cément amener la reconnaissance d'un droit exclusif au profit du créancier qui a fait valider sa saisie *rebus integris*. La première de ces déviations de l'ancienne jurisprudence entraînait fatalement l'autre. Conséquemment, il faut ne pas se dissimuler que les arguments directs qui tendent à repousser la vertu dévolutive du jugement sur la saisie-arrêt, viendront se briser contre un roc tant que n'aura pas été restaurée d'abord la règle traditionnelle et si sage de l'indisponibilité totale de la créance du saisi sur le tiers. Puisqu'il y a logique aujourd'hui dans ce que nous croyons être une double erreur, la logique n'est pas moins indispensable, que disons-nous? l'est bien plus encore dans la vérité dont nous souhaitons le triomphe.

Nous ne voulons pas toutefois aborder dans ses détails le malheureux problème de l'indisponibilité, ou absolue, ou relative, ou absente, de l'excédant de la somme arrêtée sur la créance du saisissant. Tel n'était pas notre objet quand nous avons entrepris ce travail, et d'ailleurs que dire de vraiment nouveau sur cette thèse? Nul désormais, après tant de dissertations et de décisions judiciaires, ne peut se flatter du trop présomptueux espoir de préparer à lui seul l'unité des convictions. Mieux vaut laisser silencieusement s'accomplir l'épreuve des doctrines régnantes, et la vérité se dégager d'elle-même par voie expérimentale du chaos des idées qui s'entrechoquent. Cette pensée est d'autant plus ferme en nous, que déjà nous voyons apparaître plus d'un signe de retour à la sagesse qui, suivant nous et bien d'autres, est ici du côté de nos pères. Voici comment M. Dalloz (*Nouveau Répert.*, v° *Saisie-arrêt*, n° 430) formule son appréciation comparative :

« Comme on le voit, dans aucun des quatre systèmes ni la « raison ni le droit ne sont complétement satisfaits, et les tri- « bunaux *reviendront peut-être naturellement au premier* que « nous avions adopté dans notre première édition, et qui offre « cet avantage considérable d'éviter toutes les difficultés aux- « quelles donne lieu, dans le troisième surtout, le recours contre « le cessionnaire... On ne réfléchit pas que, si l'on donne au « premier saisissant qui se trouve lésé par le concours des sai- « sissants postérieurs, le droit de recourir contre le cession- « naire, c'est, en effet, priver tout débiteur saisi du droit d'o- « pérer un transport. Quel est donc l'individu assez imprudent « pour se rendre cessionnaire d'une créance sachant que,

Digitized by Google

« d'après la jurisprudence établie, on a recours contre lui, et « qu'il sera exposé à payer deux fois si le premier saisissant « n'est pas rempli intégralement, en raison du concours des « saisissants postérieurs! Ainsi..., en réalité, la saisie-arrêt « frappera sur la *totalité* de la dette du tiers saisi, puisque le « saisi ne trouvera personne qui veuille devenir cessionnaire « dans une pareille situation. » M. Bioche, l'auteur de l'ouvrage le plus *pratique* en fait de procédure, professe une opinion plus tranchée encore dans le même sens (*Dictionnaire*, édit. 1862, v° *Saisie-arrêt*, n° 237). Après avoir fait ressortir les graves défectuosités des autres systèmes, il ajoute :

« Le premier système, au contraire, est équitable puisqu'il « appelle tous les créanciers au partage égal des biens de leur « débiteur, et il est conforme au principe de l'ancienne juris- « prudence *non révoqué* par la nouvelle législation, que la « saisie-arrêt, sans enlever au saisi la *propriété* des objets « arrêtés, empêche qu'il n'en soit disposé par lui au préjudice « de ses créanciers (V. *Journal de procédure*, art. 538 in « *fine*). » M. Bioche groupe ensuite les principaux arguments qui soutiennent ce système et en puise un notable que nous n'avons retrouvé nulle part dans l'article 1944 du Code Napoléon. — Mais ce qui est bien plus remarquable encore, c'est que le jurisconsulte, tout en résolvant ici topiquement la seule question de disponibilité, se trouve avoir, en même temps, résolu celle de la valeur du jugement de validité; car si la *propriété* demeure sur *la tête du saisi*, il est évident que le bénéficiaire du jugement n'en sera pas investi. Encore donc une nouvelle manifestation de l'identité intrinsèque des deux questions.

Un seul inconvénient de l'indisponibilité totale se présente à l'esprit de ceux qui l'admettent comme de ceux qui la rejettent, c'est de paralyser aux mains du saisi, pour une dette minime, une somme considérable. Mais, outre que cet inconvénient se rencontre analogiquement dans les autres saisies puisque *tout y est tenu en état* jusqu'à la distribution du prix, un remède facile est fourni par la pratique qui en use familièrement à Paris. Il suffit tout simplement que « le saisi qui veut « obtenir la libre disposition de l'excédant des causes de la « saisie-arrêt, appelle en référé le tiers saisi et le saisissant, « et demande à être autorisé à toucher sa créance en laissant

Digitized by Google

« à la caisse des consignations une somme suffisante pour as-
« surer le payement du montant des causes de l'opposition,
« sur laquelle il consent *dès à présent saisine et transport* au
« profit du saisissant, jusqu'à concurrence de ce qui sera re-
« connu lui être dû par le jugement à intervenir sur l'instance
« en validité (V. Paris, 23 janvier 1852). » Ainsi s'exprime M. Bioche (n° 241). M. Chauveau (*Formulaire*, I, p. 558) indique et approuve le même expédient en prévoyant de plus un autre cas, celui où le débiteur saisi reconnaît les droits du saisissant. « Rien ne l'empêche alors, dit-il, de consentir à ce « que le tiers saisi se libère entre les mains de ce dernier jus- « qu'à concurrence des causes de la saisie dont il est donné « mainlevée... Les créanciers postérieurs n'auront plus rien à « réclamer. » L'objection capitale que l'on fait surtout valoir contre l'indisponibilité totale perd ainsi beaucoup de ses proportions quand on la place au milieu des réalités pratiques. Il est donc extrêmement désirable que l'on en revienne, après avoir épuisé les combinaisons les plus diverses et les plus arbitraires pour aboutir au chaos, à la voie droite et simple des principes, qui est, en même temps, celle de la tradition française, et où l'on trouve sans peine la plus rationnelle et la plus équitable solution de deux problèmes juridiques qui ont fait de la saisie-arrêt dans notre droit une sorte de tourment pour les jurisconsultes, les tribunaux et les justiciables eux-mêmes.

Mais si la question que nous avons essayé d'élucider domine cette procédure, il est bien d'autres difficultés d'un ordre inférieur qui viennent à l'envi la compliquer. Tout n'est pas fait quand on a décrété l'effet dévolutif du jugement rendu sur la validité. Il faut déterminer encore les conditions d'efficacité de ce jugement à l'encontre des tiers, le moment où il acquiert une *irrévocabilité* absolue; les diverses causes qui peuvent en suspendre la puissance; tous points qui ont encore soulevé bien des dissentiments et des fluctuations. A. ANCELOT.

Digitized by Google

DERNIER RESSORT.

QUAND LE SAISI FORME UNE DEMANDE EN DOMMAGES-INTÉRÊTS FONDÉE SUR LA SAISIE, EST-CE D'APRÈS LE CHIFFRE DE CETTE DEMANDE QUE SE DÉCIDE LA QUESTION SI LE JUGEMENT AUQUEL ELLE DONNE LIEU EST RENDU EN PREMIER OU EN DERNIER RESSORT?

Par M. Albert DESJARDINS, agrégé à la Faculté de Nancy, docteur ès lettres.

Nous supposons une saisie formée pour une créance inférieure à 1,500 francs. Le saisi, prétendant qu'il n'est pas débiteur, en demande la nullité, et il réclame en même temps, pour le préjudice qu'elle lui aurait causé, des dommages-intérêts supérieurs à 1,500 francs. Le jugement qui sera rendu sur cette double demande sera-t-il susceptible d'appel? La demande en dommages-intérêts aura-t-elle ainsi pour effet de permettre aussi de porter devant les juges du second degré la demande en nullité à laquelle elle est jointe, et qui par elle-même, rentre dans la compétence de dernier ressort?

I.

Avant la loi du 11 avril 1838, la jurisprudence avait admis, d'une manière générale, que la demande reconventionnelle, fondée sur une demande principale qui rentrait dans le dernier ressort, devait être, comme celle-ci, jugée sans appel, à quelque chiffre qu'elle s'élevât. Elle avait, en particulier, considéré les saisies comme des demandes principales; la compétence du tribunal était déterminée par la somme pour laquelle elles étaient formées; la réclamation de dommages-intérêts, en réparation du préjudice causé au saisi par une saisie dont il voulait faire prononcer la nullité, était traitée comme une demande accessoire, soumise à la règle que nous venons de rapporter[1].

[1] M. Devilleneuve, *Table gén.*, v° *Dernier ressort*, n°s 353 à 359.

Digitized by Google

Cette jurisprudence était appuyée sur de bonnes raisons. On justifiait, d'une part, le principe général en disant que la demande reconventionnelle fondée sur la demande principale ne serait le plus souvent pour le défendeur qu'un moyen de se réserver la faculté d'appeler, là où le législateur la lui avait refusée, et qu'il ne fallait pas permettre au plaideur de troubler arbitrairement l'ordre des juridictions; d'autre part, l'application ou l'extension du principe aux saisies, en soutenant que le créancier muni d'un titre exécutoire, pour être dispensé de former une demande en justice, n'en poursuivait pas moins le recouvrement de ce qui lui était dû, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, que le saisi ne devait pas, en réclamant des dommages-intérêts supérieurs au taux du dernier ressort, rendre en tous cas susceptible d'appel le litige élevé sur la saisie, éluder les règles établies par le législateur. La loi qui traitait du dernier ressort (loi des 16-24 août 1790, tit. 4, art. 5) étant muette sur les demandes reconventionnelles, la jurisprudence avait pu librement accueillir de telles raisons et y conformer ses décisions.

Le projet de loi soumis à la Chambre des députés en 1838 ne contenait aucune disposition sur les deux points que nous indiquons. Selon M. Pascalis, qui parlait au nom de la commission, les législateurs, en gardant le silence, faisaient connaître qu'ils avaient l'intention de s'en rapporter à la jurisprudence[1]. Une telle opinion paraît étrange dans la bouche d'un législateur et d'un jurisconsulte : faire juger sans appel une demande excédant le taux du dernier ressort, c'était déroger aux règles de la compétence; la dérogation était d'autant plus sensible que la loi réservait expressément la faculté d'appeler quand la demande reconventionnelle s'élevait au-dessus des limites indiquées par l'article 1. Le principe de la jurisprudence ne pouvait garder son autorité qu'à la condition d'être admis dans la loi même. Tel fut l'objet d'un amendement présenté, d'une manière très-opportune, par M. Charlemagne. La Chambre consacra le principe en votant cet amendement, mais avec une importante modification. La jurisprudence avait maintenu et M. Charlemagne proposait de laisser dans la compétence de dernier ressort toutes les demandes recon-

[1] *Moniteur* du 24 février 1838.

Digitized by Google

ventionnelles fondées sur une demande principale qui y rentrait elle-même. La règle fut restreinte par le vote de la Chambre aux demandes reconventionnelles en dommages-intérêts.

La Chambre ne se prononça pas sur le second point en ce qui concerne les saisies; mais M. Pascalis s'exprima en ces termes : « Supposez qu'à l'occasion d'une saisie faite au préjudice d'un négociant, d'un homme jouissant d'une grande considération, il soit allégué que cette saisie nuit à son crédit, et qu'en conséquence une demande en dommages-intérêts soit formée, cette demande en dommages-intérêts est alors principale. Remarquez qu'il n'y a pas, dans ce cas, de demande formée de la part du saisissant; il n'existe en son nom aucune action en justice; il y a une procédure en saisie. La demande de dommages-intérêts du saisi est alors principale et non incidente ou accessoire. Cette demande se trouve par conséquent régie par les règles ordinaires. Elle est sujette à l'appel, si par son chiffre elle excède le taux du dernier ressort. » L'auteur de l'amendement, M. Charlemagne, dit à son tour : « On vous a fait remarquer avec beaucoup de raison, il y a quelques instants, que la demande en dommages-intérêts formée par suite d'une saisie préjudiciable n'était pas une demande accessoire [1]. »

Depuis 1838, la question si la demande du saisi en dommages-intérêts, fondée sur la saisie, est régie par l'article 2-3° de la loi du 11 avril, a été posée bien souvent.

Elle forme, à vrai dire, deux questions distinctes, suivant que la saisie est ou n'est pas une de celles qui doivent être suivies d'une assignation en validité.

Nous examinerons successivement ces deux questions.

II.

Nous supposons d'abord que la saisie n'est pas une de celles qui sont suivies d'une assignation en validité.

Les Cours impériales se sont partagées sur la question qui se pose dans cette hypothèse. L'article 2-3° a été appliqué au

[1] *Moniteur* du 24 février 1838.

Digitized by Google

saisi par les Cours d'Orléans [1], de Besançon [2], de Montpellier [3], de Douai [4], de Bordeaux [5].

Les Cours de Limoges [6], de Nîmes [7], de Bordeaux [8], de Rouen [9], de Grenoble [10], se sont prononcées pour la négative.

La Cour de cassation, après avoir aussi consacré la négative [11], s'est ralliée, dans deux arrêts récents [12], au système de l'affirmative.

L'opinion qui prévaut à la Cour suprême se fonde sur les arguments suivants :

1. La position du saisi est, en elle-même, identique à celle de la personne citée en justice. Il est, comme celle-ci, défendeur à une poursuite. L'instance en nullité de saisie « n'est qu'un incident de la voie exécutive à laquelle il cherche à se soustraire et dans laquelle il garde nécessairement la qualité de débiteur et de défendeur; c'est en cette double qualité qu'en soutenant la saisie injuste et illégale, il demande reconventionnellement une indemnité [13]. »

La Cour de cassation dit de même, rejetant le pourvoi contre l'arrêt que nous venons de citer, que la demande en dommages-intérêts « se réfère nécessairement aux actes d'exécution qui en sont la cause et le principe; tandis que, d'autre part, l'effet de ces actes ne peut être neutralisé ou suspendu que par l'opposition du saisi, laquelle affecte ainsi tous les caractères d'une véritable défense. »

2. Les caractères généraux de la saisie offrent la plus grande analogie avec ceux d'une demande en justice. L'une et l'autre

[1] 27 novembre 1844 (D. P., 1845, 4, 138). — 25 août 1847 (Dev., 1847, 2, 581). — 14 juin 1862 (Dev., 62, 2, 509).

[2] 26 janvier 1846 (Dev., 1847, 2, 577).

[3] 15 février 1851 (Dev., 51, 2, 175).

[4] 6 mai et 23 juin 1851 (D. P., 54, 5, 431).

[5] 9 décembre 1852 (Dev., 53, 2, 204).

[6] 28 novembre 1846 (Dev., 47, 2, 581) et 20 janvier 1847 (Dev., 47, 2, 233).

[7] 23 mai 1848 (Dev., 48, 2, 558).

[8] 20 mars 1847 (Dev., 49, 2, 167).

[9] 24 août 1847 (Dev., 49, 2, 405).

[10] 7 juillet 1855 (Dev., 56, 2, 29).

[11] 8 décembre 1841 (Dev., 42, 1, 137).

[12] 16 et 23 août 1864 (Dev., 64, 1, 447).

[13] Chambéry, sous Cass., rej., 16 août 1864.

Digitized by Google

ont le même objet. Il ne faut pas distinguer si le créancier agit en justice ou s'il a un titre exécutoire « et tend aux mêmes fins par la voie du commandement et de la saisie, puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, son action procède du même droit et a pour objet le même résultat[1]. » — « Le créancier qui agit par voie de commandement, en vertu d'un titre emportant l'exécution parée, exerce la seule action que la loi autorise; s'il ne porte pas sa demande devant les tribunaux, c'est que l'intervention de la justice n'est pas nécessaire, puisque son action a pour base un titre exécutoire[2]. »

Le commandement et la saisie interrompent la prescription. Cet effet leur est commun avec l'assignation, d'après l'article 2244 du Code Napoléon[3].

En la forme, les saisies n'introduisent pas d'action devant les tribunaux. Mais elles s'opèrent « sous l'autorité des magistrats; ce sont les officiers de justice qui font tous les actes de a poursuite, et au moindre obstacle, à la moindre difficulté que suscite le débiteur ou un tiers, il y a référé, recours direct auprès des tribunaux[4]. » Selon la Cour de Montpellier[5], « il ne faut pas confondre la *demande* avec l'*instance;* si le débiteur, opposant au commandement à lui signifié, introduit l'*instance* par son opposition, ce litige qu'il soumet à la justice consiste uniquement dans l'appréciation de la *demande* contenue dans le commandement et des exceptions qu'il oppose à cette *demande.* » La Cour de Bordeaux ne fait pas la même distinction : « Le commandement tendant à saisie immobilière, dit-elle, doit-être considéré comme le premier acte de procédure en expropriation forcée; la procédure en expropriation forcée constitue elle-même *une véritable instance judiciaire,* dans laquelle le saisi est appelé, devant le tribunal qui doit procéder à l'adjudication et statuer sur les difficultés auxquelles la procédure peut donner lieu[6]. »

3. L'esprit de la loi veut qu'on prévienne, en cas de saisie comme en cas de demande, l'artifice du débiteur qui ne son-

[1] Cass., civ. rej., 16 août 1864.
[2] Montpellier, 15 février 1851.
[3] M. Tempier, *de la Reconvention*, n° 151.
[4] *Id., eod.*
[5] Arrêt cité.
[6] 9 décembre 1852.

Digitized by Google

gerait qu'à se ménager l'appel. Il faut « déjouer les combinaisons à l'aide desquelles, sous prétexte de dommages-intérêts, le défendeur pourrait, à son gré, étendre la faculté d'appel au delà des limites fixées par la loi [1]. » — « Une interprétation contraire ne tendrait qu'à enfreindre la loi à l'aide d'une *fiction de forme*, inhabile à changer la situation *réelle* des parties, déterminée par l'objet qu'elles poursuivent respectivement [2]. »

L'opinion que nous exposons a été, il est vrai, formellement condamnée par M. Pascalis, organe de la commission de la Chambre, et par M. Charlemagne, auteur de l'amendement dont il faut appliquer le texte; mais « le silence de la loi à ce sujet indique d'une manière non douteuse que le législateur a entendu laisser à la jurisprudence le soin de décider la question, » dit M. Tempier [3].

III.

Nous croyons que les raisons qui viennent d'être indiquées peuvent être réfutées.

On ne saurait nier que les paroles de MM. Pascalis et Charlemagne ne fournissent, sinon une raison décisive, au moins un fort préjugé contre le système de la Cour de cassation. Comment prétendre que les législateurs ont gardé le silence sur la question, parce qu'ils voulaient laisser à la jurisprudence le soin de la décider? La Chambre a suffisamment prouvé qu'elle n'entendait pas se dessaisir de son pouvoir législatif au profit de la magistrature. M. Pascalis, au nom de la commission, lui demandait de repousser l'amendement de M. Charlemagne comme inutile, puisqu'il devait consacrer une jurisprudence constante; elle n'en a pas moins jugé nécessaire de l'adopter. Si elle ne s'est pas expliquée sur la demande du saisi en dommages-intérêts, c'est qu'elle a voulu la laisser sous l'empire du droit commun, conformément aux déclarations faites sans contradiction par deux de ses membres, non la soumettre à la disposition exceptionnelle contenue dans l'article 2-3° de la loi. Le silence de la loi ne peut être interprété que d'après les paroles des législateurs.

[1] Cass., arrêt cité.
[2] Chambéry, arrêt cité.
[3] *Loc. cit.*, 1, n° 150.

Digitized by Google

La demande du saisi en dommages-intérêts n'étant pas expressément indiquée dans l'article 2-3°, on peut au moins douter qu'elle y doive être comprise, et, comme disait très-justement M. Bioche[1], « dans le doute, il faut se prononcer pour la négative; c'est en effet une disposition exorbitante que d'interdire l'appel lorsque la demande est supérieure à 1,500fr., et dès lors cette disposition doit plutôt être restreinte qu'étendue. »

Voyons cependant si l'expression employée par le législateur n'embrasse pas, même à l'insu de celui-ci, les demandes formées par les saisis à fin de dommages-intérêts. S'il en est ainsi, il ne faut plus parler du silence de la loi, et il n'y a plus de place pour le doute; les déclarations de deux députés perdent toute leur force devant une disposition expresse.

Nous croyons qu'une telle extension ne saurait être admise. Elle est contraire et au sens naturel des mots et aux principes reconnus du droit.

Une demande reconventionnelle suppose une demande principale. Qu'est-ce qu'une demande? « *Demander* signifie actionner, faire venir quelqu'un en justice sur quelque prétention qu'on a contre lui, » dit de Ferrière dans sa *Nouvelle introduction à la pratique*, et il définit *actionner* « intenter un procès à quelqu'un en matière purement civile et pour le payement d'une dette. » Les rédacteurs du Code de procédure n'ont pas pris le mot dans un autre sens. Si l'article 48 parle des « demandes principales introductives d'instance, » on n'a jamais pensé que le législateur eût songé à soustraire à l'application de l'article les saisies qui n'introduisent pas d'instances; l'exclusion porte sur les demandes en intervention, sur les demandes en garantie formées contre un tiers au cours d'un procès[2]. Nulle part, dans le Code de procédure, le mot *demande* n'est appliqué à la saisie, le mot *demandeur* au saisissant. La terminologie n'a pas changé depuis la rédaction du Code. Le mot *demande principale*, dont se sert l'article 2-3° de la loi du 11 avril, doit être interprété d'après l'article 1, qui parle d'*actions personnelles et mobilières*, d'*actions immobilières*, et dit : « Ces actions seront instruites et jugées comme

[1] *Dict. de procédure*, v° *Appel*, n° 126.
[2] MM. Carré et Chauveau, *Lois de la procédure civile*, q. 206.

Digitized by Google

en matières sommaires. » Il est trop évident que de telles expressions ne s'appliquent pas aux saisies.

On le voit, il faut faire violence au sens reçu des mots, au sens que les législateurs y ont attaché, pour ranger les saisies parmi les demandes.

On prétend, il est vrai, fonder le système, 1° sur l'identité de la position du saisi avec celle du défendeur, 2° sur les analogies de la saisie avec une vraie demande en justice, 3° sur la nécessité de prévenir un même abus, en cas de saisie et de demande en justice. La triple démonstration fût-elle faite, on n'aurait prouvé que l'opportunité d'une extension législative, non la légitimité d'une application judiciaire du principe à la demande du saisi en dommages-intérêts.

1° Sans doute on peut dire et l'on dit que le saisi est défendeur à une poursuite; mais il n'est pas défendeur à une action en justice, ce qui serait nécessaire pour que la demande formée par lui eût le caractère de reconvention.

Cette demande n'est qu'un incident de la poursuite, mais elle n'en est pas moins principale. En somme c'est bien le saisi qui « fait venir le saisissant en justice sur quelque prétention qu'il a contre lui, » selon la définition de Ferrière. Il prend la position de demandeur. L'instance forme un tout complet. Peu importe qu'elle se rattache par sa cause et par ses conséquences éventuelles à un fait, à une procédure d'exécution, où les parties occupent telle ou telle situation, si cette situation est changée devant la justice.

C'est ainsi que le Code de procédure range l'intervention parmi les *incidents*, en la distinguant des *demandes incidentes* (liv. I, tit. 16, §§ 1 et 2).

L'article 718 parle de *demandes incidentes*, et les demandes en nullité de saisie immobilière sont certainement comprises sous cette expression; mais c'est à la saisie immobilière qu'elles sont incidentes, comme l'indique la rubrique même du titre, non à une demande principale.

Le même article 718 porte que ces demandes incidentes seront formées « sans préliminaire de conciliation. » M. Colmet-d'Aage explique ainsi cette disposition : « Le législateur s'est cru obligé de dire expressément que les incidents de saisie immobilière ne seraient pas précédés du préliminaire de conciliation. Cette disposition paraît superflue en présence des

Digitized by Google

termes de l'article 48, qui ne soumet à ce préliminaire que les demandes principales. Cependant peut-être a-t-on bien fait d'exprimer cette dispense, parce que la poursuite de saisie immobilière n'est pas, à proprement parler, une instance principale. On aurait donc pu nier que les incidents, ou au moins quelques-uns d'entre eux, fussent de véritables demandes incidentes [1]. »

Les demandes en mainlevée de saisie en général avaient été exemptées du préliminaire de conciliation par l'article 49-3°, et ce n'était point parce que le législateur leur déniait le caractère de demandes principales, car elles étaient mises à côté des demandes en payement de loyers, fermages ou arrérages.

Enfin la demande du saisi en nullité et la demande accessoire en dommages-intérêts sont proposées par simple acte d'avoué à avoué en cas de saisie de rente et de saisie immobilière (art. 650 et 718 C. proc. civ.). Or c'est le propre des demandes incidentes que de pouvoir être formées ainsi; c'est cette forme que doit employer le demandeur en reconvention. Ne faut-il pas arriver à cette conclusion que la demande en question est reconventionnelle? Mais la règle est faite seulement pour la saisie des rentes et pour la saisie immobilière, non pour les autres saisies, et, dans celles-ci, la forme de demande incidente ne pourrait être employée par le saisi, demandeur en nullité et en dommages-intérêts. L'emploi de cette forme, dans les cas où il est prescrit, s'explique par la situation préalable des parties dans la poursuite, puisque le poursuivant est déjà représenté, par un intérêt d'économie et de célérité. Il ne faut pas oublier que l'article 718 l'impose, non-seulement au saisi, mais à tous les tiers qui soulèvent des incidents; on ne peut dire que ceux-ci soient demandeurs en reconvention. Du reste, la personne saisie pourrait former une demande directe et principale pour obtenir la nullité du titre [2]. Elle aurait le droit de réclamer en même temps des dommages-intérêts. Que deviendrait en ce cas l'argument tiré de la manière dont son action doit être introduite?

2° Les analogies de la saisie avec une demande en justice ont été singulièrement exagérées.

[1] N° 1019.

[2] M. Chauveau, *loc. cit.*, n° 2422 *ter*.

Digitized by Google

Il n'est pas vrai que l'une et l'autre aient le même objet. Celui qui forme une demande en justice veut faire reconnaître son droit; celui qui saisit veut contraindre son débiteur à l'exécution d'une obligation. Sans doute c'est à l'exécution que le premier tend, comme le second, mais indirectement et par voie de conséquence. Si les deux manières de procéder avaient le même objet et devaient produire le même résultat, pourquoi le demandeur, après la condamnation obtenue, deviendrait-il saisissant? Aussi les saisies sont-elles placées dans le livre du Code de procédure consacré à l'exécution des jugements.

Le créancier qui a un titre exécutoire n'a pas besoin de présenter une demande devant les tribunaux : est-ce parce que la saisie équivaut à une demande? Non, c'est parce que le titre exécutoire équivaut à un jugement, quand il s'agit d'exécution. Le créancier est placé au point où il se trouverait à la fin d'une instance dans laquelle il aurait obtenu gain de cause. Dès lors il n'a plus besoin de former en justice une action qui serait évidemment sans objet. Comment l'acte que l'on fait parce qu'on n'est pas forcé de former une demande serait-il assimilé lui-même à une demande, c'est-à-dire à un acte dont il implique et l'inexistence et l'inutilité? On ne jouit pas à la fois des avantages de deux positions incompatibles l'une avec l'autre.

Le commandement et la saisie, comme la citation en justice, interrompent la prescription. Mais cet effet ne tient nullement à ce que tous ces actes auraient le caractère commun de demande; il tient à ce qu'ils expriment de la manière la plus claire et la plus énergique l'intention qu'a le créancier de se faire payer par son débiteur. Voilà pourquoi « la citation en justice donnée même devant un juge incompétent interrompt la prescription » (art. 2245). Du reste, l'interruption de prescription est soumise à des règles différentes, suivant qu'elle est produite par l'un ou l'autre des actes dont parle l'article 2244. Il est constant que l'article 2247 n'est pas applicable au cas où elle provient, soit d'un commandement, soit d'une saisie.

Enfin l'on insiste sur le caractère judiciaire de la procédure de saisie. Nous n'avons pas besoin de combattre cette assertion de la Cour de Bordeaux, « que la procédure en expropriation forcée constitue elle-même une véritable instance judiciaire. »

Digitized by Google

La Cour a manifestement détourné le mot *instance* de son vrai sens. L'instance est un débat judiciaire. Aussi la Cour de Montpellier établit-elle une distinction entre l'instance et la demande, reconnaissant que la première est introduite par l'opposition du saisi, tandis que la seconde est contenue dans le commandement. Cette distinction est-elle juste? Il y a bien des demandes, même principales, qui ne sont pas introductives d'instance; mais c'est qu'elles sont formées au cours d'une instance déjà commencée. Quand il n'y a pas encore d'instance, n'est-il pas nécessaire que la demande en introduise une? Oserait-on donner à cette prétendue demande, contenue dans le commandement, le nom de demande *en justice*, qui indique l'existence d'un débat judiciaire? Ces mots *en justice* ne sont-ils pas sous-entendus, toutes les fois qu'on parle d'une demande, dans le langage de la procédure?

Le caractère de la saisie ne suffit pas pour en faire une demande : « *Saisie* en général est la prise de possession que fait la justice d'une chose au moyen de quoy celui à qui elle appartient en est dépossédé, » dit de Ferrière. M. Réal disait au Corps législatif, en lui présentant le livre V de la première partie du Code de procédure : « Dans les premiers livres, le législateur a ouvert au plaideur l'entrée du temple de la justice et lui en a fait parcourir tous les détours. Dans le livre V, *le plaideur n'est plus devant les tribunaux; le jugement est prononcé*; la partie condamnée est supposée ou ne vouloir pas ou ne pouvoir plus s'opposer à son exécution. »

Quand il en vient au titre VI, l'orateur explique ainsi l'intervention des officiers ministériels : « C'est dans les mains du souverain qu'est remise la force publique; c'est au nom du souverain que, dans le jugement, les tribunaux ont appliqué la loi; ce n'est qu'en son nom que les officiers ministériels nommés par lui, dépositaires délégués d'une partie de cette force publique, doivent être sommés de l'exercer. »

Quant à l'autorité judiciaire proprement dite, elle intervient, tantôt nécessairement, tantôt sur la demande des intéressés.

L'intervention du tribunal est nécessaire : 1° en cas de saisie de rentes constituées sur des particuliers, 2° en cas de saisie immobilière. Le tribunal donne acte au poursuivant des lecture et publication du cahier des charges (art. 644, 695 C. pr. civ.). Il prononce l'adjudication des rentes ou immeubles saisis (art.

Digitized by Google

648, 702 et suiv., C. pr. civ.). Mais les jugements qu'il rend ainsi sont d'une nature spéciale. Il n'a pas de litige à trancher. Il préside aux actes d'exécution pour assurer l'observation de toutes les règles établies par la loi, pour donner au saisi toutes les garanties qu'il peut désirer. M. Chauveau pose la question suivante : « Doit-on considérer comme des jugements la publication du cahier des charges et les adjudications? » Et, après avoir cité des autorités très-nombreuses, il dit : « De l'esprit de la loi et de son texte nouveau, il me paraît résulter jusqu'à l'évidence que les jugements qui donnent acte des publications et qui prononcent des adjudications ne peuvent être considérés que comme des *actes* et non comme des jugements proprement dits [1]. » Ce ne sont même pas les premiers actes du poursuivant, le commandement et la saisie, qui mettent le tribunal à même de prononcer ces jugements. Bien plus, l'acte d'adjudication peut être provoqué par un créancier inscrit, autre que le poursuivant. Il est impossible de dire que la saisie ait ouvert l'instance.

L'intervention d'un juge est nécessaire dans la distribution de deniers qui suit toute vente sur saisie (art. 658). Mais il suffit que la commission dont parle l'article soit donnée à un juge unique pour qu'il ne puisse être question ni d'une instance judiciaire ni par conséquent d'une demande principale.

Le tribunal peut être saisi par les intéressés sur les incidents. Il ne faut pas moins qu'une décision judiciaire pour arrêter l'effet d'un jugement ou d'un acte ayant la même force qu'un jugement. L'incident soulève un litige; tout litige doit être porté devant les tribunaux. Il ne s'ensuit pas que le fait qui y donne lieu soit pour être considéré comme une demande en justice.

3° L'abus que le législateur a voulu prévenir, en écrivant l'article 2-3°, est-il à craindre en matière de saisie? Il est vrai, le saisi peut former une demande en dommages-intérêts supérieure à 1,500 francs, dans la seule pensée de se ménager l'appel pour sa demande en nullité. Le législateur aurait pu compléter son œuvre en se conformant exactement à la jurisprudence et ajouter l'hypothèse dont nous nous occupons à celle qu'il a prévue. Ce qu'il aurait pu faire, il ne l'a pas fait. Ce

[1] *Loc. cit.*, q. 2423 *quater*. Cf. M. Colmet-d'Aage, n° 1020.

Digitized by Google

n'est pas à la jurisprudence à le faire à sa place. C'est, du reste, une singulière exagération que de parler d'une *fiction de forme*, qui permettrait de changer la *situation réelle* des parties (arrêt cité de la Cour de Chambéry). La saisie n'est pas une fiction, et la seule fiction serait celle qui en ferait une demande principale. L'opinion que nous soutenons ne change pas une situation réelle; elle la distingue d'une autre situation, également réelle, quand elle se présente. Le même abus peut résulter de ces deux situations différentes; le législateur n'a voulu le prévenir que dans un cas; sa disposition ne saurait être étendue à l'autre.

Il faut reconnaître que s'il y a des raisons pour étendre à la saisie la règle de l'article 2-3°, il n'en manque pas pour la restreindre aux termes dans lesquels elle est posée. Une saisie est bien plus dommageable qu'une demande en justice. On peut dire, *à priori* et d'une manière générale, qu'une demande reconventionnelle en dommages-intérêts, supérieure à 1,500 fr., fondée sur une demande principale inférieure à ce taux, n'aura d'autre objet que d'éluder les règles de la compétence. Personne n'est à l'abri d'un mauvais procès pour un petit intérêt; la demande est pour être soumise à la justice; elle n'a pas de publicité. La saisie, au contraire, a du retentissement : elle fait supposer que le créancier a un droit reconnu, incontestable, que le débiteur ne veut ou ne peut payer, qu'il est malhonnête ou insolvable, d'autant plus compromettante pour la réputation ou pour le crédit que les causes en sont plus faibles. Ne serait-il pas imprudent de traiter la demande du saisi en dommages-intérêts comme si elle devait être nécessairement illusoire, comme si elle ne pouvait avoir d'autre objet que de troubler l'ordre des juridictions? Dès lors peut-on dire que le même abus soit à craindre en cas de demande reconventionnelle en dommages-intérêts fondée sur la demande principale et de demande en dommages-intérêts fondée sur la saisie?

Ni la position du saisi, ni le caractère général de la poursuite d'exécution, ni l'esprit même de la loi ne permettent d'étendre au cas dont nous nous occupons l'article 2-3° de la loi du 11 avril.

Devant plusieurs Cours, la question s'est posée après un commandement fait et avant la saisie opérée. Les arrêts ont répondu qu'il fallait donner dans ce cas la même décision que

Digitized by Google

dans celui où la saisie aurait eu déjà lieu ; ils ont appliqué l'article 2-3° : « Attendu que, si le débiteur, sans attendre la saisie qui doit suivre le commandement, croit devoir attaquer ce dernier acte par voie d'opposition, cette action ne peut changer le caractère et réduire la portée du commandement et ne doit être considérée que comme l'exception opposée à la demande principale fondée sur un titre exécutoire [1]. » — « Considérant que tout commandement contient en germe une saisie ; — que d'ailleurs, même en cas de saisie, la demande du créancier n'est point dans le procès-verbal de saisie, mais bien dans le commandement qui l'a précédée [2]. »

La décision contraire résulte, pour nous, des principes que nous avons posés et des développements que nous avons donnés sur la première question. Si le saisissant n'est pas un demandeur, c'est que le commandement, premier acte de la poursuite, n'est pas une demande. La saisie, qui en est la conséquence nécessaire, ne lui ferait pas perdre ce caractère s'il l'avait par lui-même. Le créancier, par le commandement, ne tend pas à faire reconnaître un droit, mais à faire exécuter une obligation, et son premier acte ne saurait contenir une demande, puisqu'il n'en a point à former [3].

« Le commandement, dit M. Chauveau [4], n'est point un acte d'instance, c'est un acte extrajudiciaire. L'action que veut intenter le débiteur devra donc être une action principale introductive d'instance. »

« Déciderons-nous, dit M. Colmet-d'Aage [5], que toute contestation soulevée entre le commandement et l'adjudication et à laquelle la poursuite donne lieu est nécessairement un incident de la saisie immobilière? Non, nous ne soumettrons, comme incident de cette nature, à la procédure spéciale réglée par notre titre 5, que les contestations soulevées après la saisie effectuée et avant l'adjudication... »

[1] Bordeaux, 9 décembre 1852.

[2] Montpellier, 15 février 1851. — Cf. Orléans, 14 juin 1862.

[3] Grenoble, 7 juillet 1855. — M. Devilleneuve, en note de l'arrêt de Besançon du 26 janvier 1846. — Cf. Bastia, 13 août 1855 (Dev., 56, 2, 151).

[4] N° 2422 *bis*.

[5] N° 1018.

Digitized by Google

IV.

Toutes les saisies ne sont pas soumises à la même procédure. Il en est que le saisissant doit déférer immédiatement à la justice pour lui demander de les déclarer valables, la saisie-arrêt (art. 563 C. pr. civ.), la saisie-gagerie et la saisie foraine (art. 824), la saisie-revendication (art. 84).

On a soutenu que la demande du saisi en nullité d'une de ces saisies et en dommages-intérêts sera toujours considérée comme principale, et qu'elle pourra toujours être portée devant la Cour impériale, si le chiffre des dommages-intérêts réclamés dépasse 1,500 francs, la saisie fût-elle opérée pour une créance inférieure à ce taux.

Ce système se trouve dans les notes de M. Duvergier sur la loi de 1838 [1]. Après avoir fait observer qu'une saisie n'est pas une demande, il se pose cette objection que la saisie-arrêt est toujours suivie d'une assignation en validité : « A mon avis, dit-il, on n'en aura pas moins le droit d'appeler du jugement qui aura statué sur la demande en dommages-intérêts, si cette demande excède 1,500 francs, parce qu'on pourra dire que les dommages qui ont été réclamés sont la réparation du tort qu'a causé l'opposition elle-même, qu'ainsi la demande reconventionnelle n'est pas *fondée* et surtout n'est pas *exclusivement fondée* sur la demande principale. » L'opinion de M. Duvergier a été adoptée par la Cour de Bastia, qui a déclaré l'article 2-3° inapplicable au cas où le débiteur, assigné en validité d'une saisie foraine, forme sa double demande en nullité de la saisie et en dommages-intérêts : « La demande en dommages-intérêts, bien que se rattachant indirectement à la demande originaire, présente elle-même un caractère principal et la domine en quelque sorte... » Mais l'arrêt de la Cour de Bastia a été cassé le 8 août 1860 [2].

La Cour de cassation a dit avec raison « que la saisie foraine, mesure conservatoire, et la demande en validité, formée par le même acte, étaient inséparables, constituaient en réalité la

[1] Collection, loi du 11 avril 1838, art. 2, note 1. — Cf. M. Bioche, *loc. cit.*, n° 128.

[2] Dev., 61, 1, 779.

Digitized by Google

demande principale, introductive d'une instance dans les limites du dernier ressort. » L'acte n'est pas valable, tant qu'il n'a pas été déclaré tel ; il faut, pour qu'il soit complet et efficace, qu'il soit saisi d'un jugement ; le saisissant ne peut se dispenser de former une demande pour faire statuer judiciairement.

M. Réal disait, à propos de la saisie-arrêt, dans l'*Exposé des motifs* que nous avons cité : « La demande en validité doit être portée devant le tribunal du domicile de la partie saisie, encore que la saisie fût faite en vertu d'un jugement dont, d'après l'article 472, l'exécution appartiendrait à un autre tribunal, *parce qu'une saisie-arrêt est une instance nouvelle qui reçoit l'application de la règle* actor sequitur forum rei. — La demande en mainlevée formée par la partie saisie doit également et dans tous les cas être portée devant le tribunal de la partie saisie. *Le véritable demandeur est ici celui qui a formé la saisie-arrêt : et le demandeur en mainlevée n'est que défendeur à cette saisie.* » Ces paroles ne permettent pas de douter de l'intention qu'a eue le législateur en prescrivant au saisissant, dans certaines saisies, de s'adresser immédiatement aux tribunaux, et du caractère que donne à ces saisies la nécessité d'un jugement de validité.

Les jurisconsultes qui attachent à la saisie, considérée en elle-même, le caractère de demande judiciaire, le reconnaissent sans difficulté dans les saisies dont nous nous occupons. Mais nous ne pouvons nous appuyer de leur autorité, après avoir combattu leur principe[1].

V.

Ainsi nous proposons de trancher par une distinction la question posée en tête de cet article. L'article 2-3° de la loi du

[1] Ainsi M. Chauveau dit, en parlant de la saisie-arrêt : « Le saisi est le véritable défendeur, puisque c'est contre lui que la première attaque a été dirigée *par le fait de la saisie*, et que la demande en mainlevée n'est qu'un moyen de repousser cette attaque (q. 1956 *bis*). » La décision est exacte ; mais la raison de décider nous paraît devoir être prise dans la formation nécessaire d'une demande en validité, non dans *le fait même de la saisie*.

L'opinion que nous soutenons est celle de M. Devilleneuve (note citée sur l'arrêt de Besançon, 26 janvier 1846).

Digitized by Google

11 avril 1838 ne sera pas applicable à la demande en dommages-intérêts fondée sur la saisie, quand la saisie ne sera pas une de celles qui doivent être immédiatement suivies d'une assignation en validité. Dans le cas contraire, la demande en dommages-intérêts fondée sur la saisie, préliminaire indispensable de la demande en validité, sera considérée comme fondée sur la demande principale; l'article 2-3° trouvera sa naturelle application. ALBERT DESJARDINS.

L'ARTICLE 1408 DU CODE NAPOLÉON

EST-IL APPLICABLE LORSQUE L'ACQUISITION FAITE PENDANT LE MARIAGE DE PORTION D'UN IMMEUBLE DONT L'UN DES ÉPOUX ÉTAIT PROPRIÉTAIRE PAR INDIVIS N'A PAS FAIT CESSER L'INDIVISION?

Par M. B. DES GLAJEUX, substitut à Versailles.

Le tribunal civil de Versailles vient d'être saisi d'une question qui partage depuis longtemps la jurisprudence et les auteurs. Il s'agit de l'interprétation à donner à l'article 1408 du Code Napoléon. Cet article placé, comme on le sait, au titre du Contrat de mariage sous la rubrique *actif de la communauté*, énonce une exception au principe général d'après lequel les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage tombent dans la communauté : il dispose que *l'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis ne forme point un conquêt, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition.* — Cette disposition reçoit généralement son application lorsque l'un des époux étant propriétaire d'un immeuble par indivis avec un tiers, achète la part qui lui manque pour compléter celle qu'il a; mais l'indivision peut exister avec plusieurs copropriétaires : l'acquisition, au lieu de comprendre la totalité du bien indivis, peut être restreinte à une fraction, de telle manière que l'indivision subsiste malgré cette acquisition partielle : dans cette hypothèse l'article 1408 est-il encore applicable? La portion

Digitized by Google

acquise devient-elle propre ou tombe-t-elle dans la communauté?

Les faits qui avaient donné naissance au procès jugé par le tribunal de Versailles montrent le côté pratique de la question. En 1820, M. Ravelet, marié à Mlle Berger, avait acheté une maison à Paris, rue de Grenelle, n° 21. A la mort de Mme Ravelet, la maison fut partagée entre M. Ravelet et les héritiers de sa femme. M. Ravelet contracta un second mariage, et sous l'empire de la seconde communauté il acheta une portion des droits inhérents aux héritiers de sa première femme. M. Ravelet avait une moitié de la maison en pleine propriété et l'autre moitié en usufruit en vertu des dispositions testamentaires de sa femme : il racheta d'un héritier un huitième en nue propriété, restant indivis pour les trois derniers huitièmes avec la mineure Legenissel. La seconde femme de M. Ravelet mourut, laissant pour seul héritier son fils Alphonse Ravelet, qui, sur la licitation ordonnée par le tribunal de la Seine entre Ravelet père et la mineure Legenissel, se rendit adjudicataire. Au moment de cette acquisition, Ravelet fils était marié sous le régime de la communauté. Sa communauté ayant été dissoute, une contestation s'est élevée entre Ravelet fils et sa femme pour savoir en quelle qualité la maison de la rue de Grenelle devait figurer à la liquidation. D'après Mme Ravelet c'était un conquêt, d'après M. Ravelet c'était un propre, et voici comment il formulait sa prétention : Mon père, disait-il, pendant sa communauté avec ma mère, a acheté un huitième de la maison; ce huitième est tombé dans la communauté et j'en ai recueilli la moitié lorsque j'ai hérité de ma mère : je me suis donc trouvé du chef de ma mère propriétaire par indivis de la maison, et, lorsque plus tard je m'en suis rendu acquéreur, j'ai acquis *portion d'un immeuble dont j'étais propriétaire par indivis,* ce qui, aux termes de l'article 1408, constitue un propre.

Mais pour qu'un pareil système soit recevable, il faut supposer que la portion acquise par Ravelet père ne formait pas par elle-même un propre. Car si cette fraction s'était réunie à titre de propre aux quatre huitièmes déjà possédés par Ravelet père, il n'y aurait pas eu conquêt de seconde communauté, pas de partage, et par conséquent pas de droit indivis de Ravelet fils antérieur à l'adjudication.

Digitized by Google

C'est ainsi que Ravelet fils, pour donner un fondement juridique à ses prétentions, était amené à soutenir, en droit, que les seules acquisitions auxquelles s'appliquait l'article 1408 étaient celles qui, en conférant à l'un ou à l'autre des époux la totalité d'un immeuble dont il était déjà propriétaire par indivis, faisaient cesser l'indivision.

Cette opinion a été vivement défendue par M. Pont. Dans le *Traité sur le contrat de mariage* (t. Ier, nos 482-485) et dans un remarquable article inséré dans le *Journal du Palais*, tome II, 1852, en note d'un arrêt de la Cour de Douai du 13 janvier 1852, M. Pont développe cette doctrine : « Pour que l'article 1408 soit applicable, il faut que la vente fasse cesser l'indivision d'une manière absolue; si elle n'était consentie que par quelques-uns des copropriétaires, et non par tous, elle ferait des conquêts. » — A l'appui de cette doctrine, il invoque l'autorité de M. Troplong, dont plusieurs passages, notamment les nos 641-661 du *Commentaire sur le contrat de mariage*, paraissent inspirés de la même idée : « On considère d'abord, « dit M. Troplong, que le conjoint ne se rend acquéreur de la « part qu'il n'a pas qu'à cause de celle qu'il a. C'est pour se « conserver la partie propre qu'il a voulu devenir propriétaire « du total. La part achetée accroît donc à la part originaire- « ment possédée. Le conjoint n'a écarté son communiste par « un acte équivalant à partage que pour rester seul maître de « la chose : il serait donc contraire à l'intention des parties et « à la vérité des situations de substituer à l'indivision qui vient « de cesser par ce partage une autre indivision. L'immeuble « doit rester propre pour le total... »

De nombreux arrêts ont été rendus dans le même sens. Ils se rattachent tous à cette double idée, que l'article 1408 est dérivé du même principe que l'article 883, et que le législateur a eu en vue la conservation des biens dans les familles; d'où ils concluent que ce serait fausser ses intentions que d'étendre l'article 1408 à l'acquisition d'une fraction d'immeuble qui, laissant subsister l'indivision, livrerait le sort de la propriété à toutes les chances d'une licitation (Douai, 13 janv. 1852).

Malgré ces autorités, nous pensons que l'opinion contraire qui a été soutenue par M. Marcadé, et qui s'appuie également sur des arrêts, est préférable. Notre raison de décider se trouve dans l'appréciation des motifs qui ont fait édicter par le légis-

Digitized by Google

lateur l'article 1408, et la question, pour être plus précisée, doit être ramenée à ces termes : L'article 1408 est-il une application de l'article 883 relativement au partage, ou bien une présomption légale de l'intention des époux? Si c'est l'application de l'article 883, l'article 1408 suppose une acquisition totale, car il n'y a qu'une acquisition totale qui fasse cesser l'indivision; si c'est une présomption légale, cette présomption s'applique aussi bien à l'acquisition d'une partie qu'à l'acquisition du tout.

Nous croyons que l'article 1408 constitue une présomption légale, et voici notre raisonnement :

En principe, les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage tombent dans la communauté. L'article 1407 indique une première exception : l'immeuble échangé. Pourquoi? Parce qu'il est subrogé à l'immeuble donné en échange : *subrogatum capit substantiam subrogati.* L'article 1408 renferme une seconde exception : l'immeuble dont l'un des époux était déjà propriétaire par indivis. Pourquoi? Parce que le rachat des parts indivises ne constitue pas, à proprement parler, une acquisition; ce n'est pas une spéculation, un placement. Les époux n'achètent la part qu'ils n'ont pas qu'en considération de celle qu'ils ont. La part achetée accroît, suivant les expressions de M. Troplong, à la part originairement possédée; c'est une accession, une augmentation, et, comme dit Bourjon, *c'est accroissement de propriété.* Les époux ont cédé à ce désir si naturel au cœur de l'homme de s'étendre, de s'arrondir; et remarquez qu'un pareil sentiment n'a rien d'inconciliable avec l'état d'indivision : le propriétaire indivis qui achète la part d'un copropriétaire se ménage le moyen d'arriver plus facilement à la division, et s'il reste indivis, il a la plus forte part, il est le maître. Eh bien! dans ces circonstances la loi a supposé qu'il serait contraire à l'intention des parties que la portion acquise ne fît pas un seul tout avec la portion originaire de l'époux, et qu'au jour de la dissolution de la communauté, les héritiers du conjoint prédécédé partageassent, dans une proportion plus ou moins forte, les droits du conjoint survivant sur un immeuble que celui-ci ne tenait pas de son mariage.

Dans le système adverse, on considère l'article 1408 comme le corollaire de l'article 883. Je ne m'explique pas cette déri-

Digitized by Google

vation. L'article 883 imprime au partage le caractère déclaratif et non attributif; les cohéritiers, et en général tous les copartageants, sont censés n'avoir jamais eu la propriété des parts de leurs cohéritiers ou copartageants : fiction inventée pour que les hypothèques et les servitudes constituées par l'un ne grèvent pas la part de l'autre. Il en résultera que l'époux qui achètera un immeuble dont il était déjà propriétaire par indivis sera censé avoir toujours été propriétaire de cet immeuble et n'aura rien à craindre des recours de ses communistes; mais si l'article 1408 n'avait pas d'autre portée, il serait une superfétation inutile : le but de l'article 1408 n'est pas d'appliquer les conséquences de l'article 883, mais de dire si c'est à l'époux ou à la communauté que ces conséquences seront applicables.

Vous invoquez l'état d'indivision et vous dites : la loi a voulu assurer la conservation de l'immeuble dans la famille, et pour cela il faut que l'indivision cesse, autrement la licitation est toujours à craindre; mais vous créez une indivision encore plus grande, car elle existera, non-seulement entre l'époux et les tiers, mais entre l'époux, les tiers et la communauté.

En un mot, l'idée à laquelle il convient de s'arrêter, ce n'est selon nous ni l'application de l'article 883 ni la cessation de l'indivision, mais l'idée d'une adjonction, d'une accession, d'une annexion au propre d'un époux.

Cette opinion repose sur l'esprit de la loi; ajoutons qu'elle repose aussi sur le texte. L'article 1408 ne parle pas de l'acquisition d'un immeuble, mais de l'acquisition de *portion d'immeuble*, sans qu'on puisse induire de ces termes que ce soit toute la portion dont l'époux n'était pas encore propriétaire. On répond à cet argument en invoquant les discussions au Conseil d'État : M. Siméon, le tribun Duveyrier parlent d'une acquisition *totale*; mais ce sont des exemples empruntés à ce qui se passe le plus généralement. En outre, ce sont des exemples pris au droit romain, où la jurisprudence appliquait le droit nouveau relativement aux partages. Nous n'en voulons d'autre preuve que le passage suivant de Bourjon : Bourjon, après avoir posé en principe, dist. 2, t. I, § 11, que « si les conjoints se rendent adjudicataires par licitation d'un immeuble dans lequel l'un d'eux avait portion indivise, tel immeuble n'est pas conquêt, mais propre, » ajoute comme com-

Digitized by Google

mentaire : « Cela est d'une jurisprudence constante au Châtelet, « fondée sur ce que la *licitation* est un vrai partage, et que « l'immeuble échu par un partage à l'un des conjoints pendant « le mariage lui est propre pour le tout. » — L'assimilation de la licitation au partage, tel est le principe dont Bourjon fait découler la qualité de propre conférée à l'immeuble indivis. Le Code Napoléon a été plus large : l'article 1408 s'applique aux acquisitions faites à titre de licitation *ou autrement*, c'est-à-dire aux acquisitions amiables, transactions, etc., etc. Le projet primitif se restreignait, comme l'ancien droit, aux licitations : la rédaction définitive a changé le principe en élargissant son application.

Enfin (et c'est là le dernier point de notre argumentation), si vous admettez que chaque portion indivisément acquise ne forme qu'un conquêt, que déciderez-vous lorsque la réunion de ces acquisitions successives aura amené la fin de l'indivision? Pour être logique, il faudra dire que l'indivision cessant, l'immeuble devient propre pour la totalité; mais comment une réunion de conquêts peut-elle former un propre? Nos adversaires tournent la difficulté en disant que chaque acquisition partielle forme un conquêt sous une condition résolutoire qui est la cessation de l'indivision : il dépendra dès lors de la volonté des époux d'imprimer à l'immeuble la qualité de propre ou de conquêt; or ce n'est pas la volonté de l'homme qui crée les propres, c'est la loi.

La Cour de cassation a été saisie de cette question dans l'affaire Vimar, et rejetant par son arrêt du 30 janvier 1850 le pourvoi formé contre un arrêt de Rouen du 10 mars 1849, elle a décidé que la loi n'avait pas établi de distinction entre le cas où l'acquisition avait eu lieu par un seul et même acte, et celui où elle aurait eu lieu par plusieurs actes distincts et successifs.

C'était un premier pas; mais la Cour de cassation vient d'en faire un plus décisif dans un arrêt récent qui tranche la question dans le sens que nous cherchons à faire prévaloir. Cet arrêt est du 30 janvier 1865; nous n'en connaissons pas les motifs, mais il est inséré dans *le Droit* des 30 et 31 janvier sous la rubrique suivante :

« La disposition de l'article 1408 du Code Napoléon, aux termes de laquelle l'acquisition faite pendant le mariage de

Digitized by Google

portion d'immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis ne forme pas un conquêt, s'applique aussi bien au cas où l'acquisition faite pendant le mariage n'a pas mis fin à l'indivision qu'au cas où cette acquisition a fait cesser l'indivision. Spécialement, lorsque le mari propriétaire du tiers d'un immeuble a pendant le mariage acquis un second tiers de cet immeuble, l'article 1408 est applicable, et si, lors de la liquidation de la communauté, les deux tiers dont s'agit ont été attribués à la femme ou à ses ayants cause, c'est un propre du mari et non un conquêt de communauté que la femme reçoit ainsi, et par suite le droit de mutation est exigible. »

Le tribunal de Versailles a jugé d'après les mêmes principes dans l'espèce que nous avons fait connaître. Il a décidé que l'acquisition faite par Ravelet père, quoiqu'elle n'eût pas mis fin à l'indivision, n'en constituait pas moins un propre aux termes de l'article 1408 du Code Napoléon. Nous croyons devoir, en terminant, placer sous les yeux de nos lecteurs les motifs de droit du jugement où la doctrine que nous venons d'exposer est largement embrassée dans ses principes et fortement déduite dans ses applications.

« Attendu que la question posée par les époux Victor-Alphonse Ravelet est celle de savoir si la portion de l'immeuble de la rue de Grenelle, acquise par Bernard Ravelet dans les conditions où elle l'a été et au cours de la communauté ayant existé entre lui et la dame Catherine-Adèle Lelarge, est un conquêt de cette communauté, ou si elle est restée propre à Bernard Ravelet, et ramenée aux termes généraux du droit, celle de savoir si la disposition de l'article 1408 du Code Napoléon, aux termes de laquelle l'acquisition faite pendant le mariage de portions d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt de communauté, s'applique aussi bien au cas où l'acquisition n'a pas mis fin à l'indivision qu'au cas où elle l'a fait cesser ;

« Attendu que l'article 1408 du Code Napoléon s'exprime dans son texte d'une manière générale et suppose l'acquisition d'une *portion* quelconque de l'immeuble dont l'époux était propriétaire par indivis, sans distinguer si la portion acquise forme ou non la totalité de ce qui ne lui appartenait pas ;

« Attendu que les motifs qui ont déterminé le législateur à édicter l'article 1408 du Code Napoléon reçoivent leur applica-

Digitized by Google

tion aussi bien dans le cas où l'indivision ne cesse pas complétement que dans celui où elle est mise à fin par l'acquisition; qu'en effet, l'article 1408 est conçu dans l'intérêt de la conservation des biens dans les familles et dans le but d'encourager les acquisitions partielles d'immeubles faisant cesser une indivision; qu'il est donc dans son esprit essentiellement favorable aux acquisitions successives qui accroissant à la part dont l'époux est déjà propriétaire, rendront plus facile dans l'avenir la réunion sous sa main des portions qui lui restent à acquérir;

« Attendu que l'on doit présumer que l'époux acquéreur s'est déterminé à l'acquisition partielle, non par le désir de former un conquêt de communauté, mais par celui d'accroître dès à présent sa propriété personnelle, en vue d'une ou plusieurs acquisitions futures qui le rendront propriétaire du tout;

« Attendu qu'on ne saurait lui refuser cette accession à sa propriété sans aller contre le vœu de la loi qui tend à faire cesser l'indivision, puisque l'on créerait ainsi une nouvelle indivision entre l'époux acquéreur et la communauté, et que l'on ne saurait voir d'ailleurs aucun inconvénient à ce que l'époux acquéreur ait en propre une portion indivise plus considérable que celle qu'il avait d'abord;

« Attendu qu'il serait étrange de voir une acquisition partielle faite par l'un des époux avoir pendant un certain temps le caractère d'un conquêt de communauté pour prendre ensuite, alors que l'acquisition de la totalité de l'immeuble serait complétée, le caractère d'un propre de l'époux acquéreur, de telle façon qu'un acte postérieur viendrait changer la nature d'un acte préexistant, que la propriété de la communauté serait constituée pendant un certain temps sous une condition résolutoire, et qu'il dépendrait de l'époux de créer à sa volonté un conquêt ou un propre, ce qui n'appartient qu'à la loi;

« Attendu que l'on prétendrait en vain faire dériver l'article 1408 du même principe que l'article 883; que s'il y a analogie entre ces deux articles, ils ont cependant été édictés dans une pensée et dans un but qui diffèrent; que l'article 1408, placé au titre du Contrat de mariage, se réfère à un ordre d'idées spécial, en dehors de celles qui ont préoccupé le législateur lors de la rédaction de l'article 883;

Digitized by Google

« Attendu que d'après ces considérations, il y a lieu de décider que l'acquisition faite par Ravelet père, au cours de sa communauté avec Adèle Lelarge, ne forme point un conquêt de cette communauté; que dès lors Ravelet fils n'était point propriétaire par indivis de l'immeuble par lui acquis lors de l'adjudication du 28 avril 1858; que cet immeuble est par conséquent, aux termes de l'article 401, un conquêt de sa communauté avec la demoiselle Pichon, sa femme; d'où il suit que cette dernière a le droit d'en demander la licitation... »

Nous pensons que la jurisprudence suivra la voie qui a été ouverte par le tribunal de Versailles et qu'elle consacrera la même interprétation. B. DES GLAJEUX.

DE L'ÉTAT

DES INDIVIDUS SOUMIS A LA SURVEILLANCE DE LA HAUTE POLICE.

Par MM. FANET et BONNEVILLE DE MARSANGY.

Bayeux, 9 décembre 1864.

MONSIEUR LE CONSEILLER,

Avant de lire et méditer votre dernier ouvrage — (ce que je n'ai pu encore faire), — les dernières lignes du compte rendu, par M. Ch. Vergé, dans le dernier cahier de Dalloz, *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace,* PLUS GÉNÉREUSE ET PLUS MORALISANTE, me déterminent à soumettre à votre haute appréciation, précisément à ce dernier point de vue, celui qui tous doit nous préoccuper le plus, une idée incontestablement bonne par le but qu'elle se propose, et qui de plus pourrait avoir chance, si elle était d'une application pratique possible, ce que je crois, de contribuer dans une certaine proportion à moraliser ceux qu'elle concerne directement, et d'arrêter aussi par suite, dans une certaine mesure, la progression si affligeante des récidives.

Les individus soumis à la surveillance de la haute police

Digitized by Google

(même en tenant compte de l'adoucissement qu'apporte à la loi du 28 avril 1832 l'avis du Conseil d'État du 7 novembre même année), ainsi que ceux qu'on appelle vulgairement repris de justice (c'est-à-dire ceux qui ont encouru une condamnation quelconque, même correctionnelle, pour un délit quelconque, mais spécialement pour vol), se trouvent souvent en fait les uns et les autres, d'après l'exécution régulière de nos lois pénales et administratives en vigueur, dans l'impossibilité matérielle, malgré leur bonne volonté, de se procurer des moyens d'existence licites. Du moment où leurs antécédents sont connus (et ils le sont toujours), personne ne veut les employer comme domestiques ou journaliers : comme ouvriers et artisans, personne ne veut non plus leur confier la matière première qu'ils pourraient façonner et qu'ils n'ont presque jamais les moyens d'obtenir. Cette situation vraiment fâcheuse, particulièrement en ce qui concerne l'individu soumis à la surveillance, qui cantonné dans sa résidence obligée ne peut aller chercher de travail ailleurs, cette situation, dis-je, me paraît tout spécialement digne de l'intérêt du législateur; aussi la recommandé-je à sa sollicitude.

Sans aller jusqu'à prétendre que plus la moralité des individus est chancelante, plus ils ont droit à la protection de la loi et de l'administration, je suis profondément convaincu qu'il doit y avoir quelque chose à faire pour améliorer cette situation intéressante, et j'estime qu'une bonne législation devrait s'efforcer d'éviter aux individus dont je m'occupe les occasions et tentations de retomber presque fatalement, il faut le dire, dans de nouvelles fautes.

D'après les statistiques, si je ne me trompe, le chiffre des récidives est singulièrement grossi précisément par les délits négatifs de vagabondage, mendicité, rupture de ban, ainsi que par les délits et crimes positifs, tant contre les propriétés que contre les personnes, auxquels les soumis à la surveillance et repris de justice se sont livrés bien plutôt par suite des exigences de la situation que je signale que par la perversité même de leurs instincts.

En supprimant la cause, on en ferait cesser les efforts, sinon pour le tout, au moins dans une proportion considérable. On verrait alors, je l'espère, à la décharge de notre pauvre humanité qu'il n'est pas juste de noircir encore, précisément parce

Digitized by Google

qu'elle est plus faible, on verrait, dis-je, que le nombre des récidives à attribuer uniquement à la perversité de l'agent, diminuerait considérablement. En tout cas, ce serait un moyen d'arriver à une répression plus absolument exacte.

En effet, lorsque des prévenus de la classe de ceux dont s'agit comparaissent devant un tribunal, le juge, dans les profondeurs de sa conscience, tout en réprimant le fait poursuivi quand il est constant, ne peut se défendre d'un sentiment de pitié pour la situation du prévenu; il abaisse la peine au dernier échelon légal, quand même il ne lui arrive pas de colorer sous d'autres motifs spécieux, mais qui ne sont pas les vrais, la concession de circonstances atténuantes, sans qu'il lui ait été permis pourtant de distinguer d'une manière sûre si ceux auxquels il en accorde le bénéfice sont bien ceux qui y auraient vraiment droit parce qu'ils ont failli à raison de leur situation plutôt que par suite de leur perversité. — Ne serait-il donc pas désirable de voir disparaître cette cause latente de circonstances atténuantes par l'établissement de mesures administratives qui ôteraient de ce chef à ceux qui en profitent jusqu'à l'ombre d'un titre quelconque à l'indulgence?

La récidive n'ayant alors plus, en ce qui concerne les soumis à la surveillance et les repris de justice, d'autre cause que la perversité même de l'agent, les récidivistes devraient généralement, et à part les autres circonstances de fait toujours laissées à l'appréciation des magistrats, être punis suivant toute la rigueur de la loi. Ce serait plus exemplaire et par suite plus social.

Les mesures à prendre ou institutions à fonder par l'administration dans le but qui nous préoccupe, devraient moins que jamais exciter l'envie des ouvriers laborieux et honnêtes. En effet, aucun régime n'a jamais tant fait pour eux que le gouvernement de l'empereur Napoléon III; et d'ailleurs les établissements provoqués par la présente note s'appliqueraient à un nombre d'individus très-limité pour des travaux peu rémunérés; aussi, sans constituer aucune espèce de concurrence préjudiciable, amèneraient-ils au contraire une amélioration sociale, dont tous les membres de la société seraient appelés à profiter.

Cela dit, et ces considérations préliminaires une fois posées, il me paraît en ressortir comme conséquence directe que dans

Digitized by Google

le régime administratif actuel, sinon dans la loi, il existe à l'endroit des individus soumis à la surveillance de la haute police et des repris de justice une lacune qu'il serait désirable à tous égards de voir incessamment combler.

Sans revenir, pour y insister plus que ne le comportent les limites d'une note épistolaire, sur les considérations précédemment touchées, il me suffira de constater ici en les rappelant qu'une institution ou mesure administrative qui ferait disparaître une pareille lacune satisferait à la fois les intérêts supérieurs de l'humanité, de l'ordre social et de la civilisation.

A un autre point de vue secondaire, il est vrai, mais qui n'est pourtant jamais indifférent quand il s'agit, comme dans l'espèce, de provoquer certaines dépenses de la part du gouvernement ou de l'administration, je veux dire au point de vue pécuniaire et fiscal, — je suis intimement convaincu qu'en évitant, de la part des soumis à la surveillance et repris de justice, le retour presque inévitable sans cela des délits de rupture de ban, vagabondage, mendicité, sinon la provocation à des crimes plus graves, tant contre les propriétés que contre les personnes, pour arriver à se procurer des moyens d'existence (vols, escroqueries, abus de confiance, larcins et filouteries, coups et blessures, homicides, etc., etc.), — je suis, dis-je, intimement convaincu que les dépenses faites pour assurer, en cas de besoin, d'une manière permanente et certaine, aux individus soumis à la surveillance et aux repris de justice, un travail suffisant pour les faire vivre, seraient compensées, dans une large mesure sinon pour le tout et même au delà, par la suppression des informations nombreuses que nécessitent les délits et crimes par eux commis précisément à cause de l'absence de l'institution ou de la mesure sollicitée.

En effet, l'État est obligé de faire l'avance de frais considérables dans toutes ces procédures dirigées contre tous les insolvables, et jamais il n'en peut opérer le recouvrement. Ne vaudrait-il pas beaucoup mieux, en supposant que les sommes à dépenser s'équilibrent avec les avances à supprimer, et même quand il y aurait une légère différence, — ne serait-il pas, dis-je, infiniment préférable d'appliquer l'argent de l'État à prévenir le retour des faits délictueux plutôt qu'à en couvrir les conséquences? — Cela ne se discute pas.

Digitized by Google

Toutefois, signaler le mal sans indiquer le remède serait presque un mal de plus.

Aussi, sans préjudice de solutions meilleures qu'on pourra trouver et que l'étude comparée des législations européennes les plus avancées pourrait sans doute suggérer, ne serait-il pas possible, avec les ressources communales, ou départementales s'il y a lieu, afin de ne pas grever l'État, d'organiser administrativement dans chaque arrondissement, sinon dans chaque canton, un atelier public, où, s'ils n'en trouvaient ailleurs à des conditions préférables, les malheureux individus soumis à la surveillance et repris de justice, vrais parias de notre société où il ne devrait plus y en avoir, pourraient au moins trouver sûrement et immédiatement un travail suffisamment rémunéré pour les faire vivre? — On leur ôterait ainsi l'envie de recourir à de nouveaux faits délictueux et souvent même criminels pour se soustraire au besoin, et aussi l'excuse d'y avoir été fatalement contraints.

Inutile de dire que pour ménager les justes susceptibilités des honnêtes invalides du travail, on séparerait avec soin l'atelier spécial dont la création est demandée d'avec ce qu'on appelle depuis longtemps, dans les communes urbaines, *l'atelier de charité.*

Le remède ci-dessus proposé n'est peut-être pas le meilleur, mais il paraît réalisable et suffisant pour supprimer le mal signalé et engendrer l'amélioration désirée.

Je me contente quant à présent de formuler l'idée, de poser le principe. Il appartiendrait à l'administration de pourvoir ultérieurement aux conditions d'organisation et aux détails de réglementation en combinant le mieux possible les exigences du but poursuivi avec les moyens à sa disposition pour y arriver [1].

Le remède proposé, sans préjudice du remède plus radical mais aussi d'un effet plus lent qui tendrait par l'amendement

[1] Si l'établissement d'un atelier paraissait, soit trop onéreux, soit impolitique vis-à-vis des indigents honnêtes, on pourrait au moins consacrer au but indiqué, plus réellement qu'on ne l'a fait jusqu'à ce jour, les fonds spécialement affectés dans les budgets départementaux aux secours à donner aux condamnés libérés, en employant ceux-ci à certains travaux, à l'entretien des chemins ruraux par exemple, sous la surveillance des autorités locales.

Digitized by Google

des surveillés et repris de justice à diminuer le nombre des méfaits, pourrait immédiatement être appliqué et produire provisoirement de bons résultats.

Il serait sans doute bien désirable aussi que les individus dont s'agit, au lieu d'être repoussés le plus souvent brutalement et avec mépris, fussent au contraire accueillis avec douceur et bienveillance. Ce serait un élément de moralisation dont les effets pourraient devenir immenses, je le reconnais. Mais hélas! il ne faut pas se faire illusion : avant qu'un revirement aussi évangélique s'opère dans nos mœurs, il s'écoulera bien du temps, et d'ailleurs, il faut le reconnaître, la bienveillance à l'égard des individus en question ne serait pas exempte de périls : il faudrait de la prudence et du discernement dans l'emploi de pareils procédés. Pour un sujet qui s'en montrerait digne peut-être, le reste en abuserait certainement. Au début surtout, une pareille manière d'agir courrait grands risques d'être fort mal appréciée et dégénérerait dans la plupart des cas en abus regrettables.

Sans abandonner pour cela ces remèdes radicaux qui sont subordonnés à un changement dans les mœurs publiques et qui visent directement à l'amendement des repris de justice et surveillés, j'estime que ces remèdes d'un effet problématique et en tout cas très-éloigné ne doivent pas faire repousser l'application d'un remède qui, s'il est moins radical, devra certainement produire des effets réels et immédiats.

L'idée présentée à votre appréciation n'a certainement pas la valeur de celles par vous émises et dont M. Dupin disait avec raison : « Vos idées seront recueillies et germeront; » mais elle est dictée par un sentiment louable et provoquée par une expérience sérieuse.

M. Charles Vergé, en terminant le compte rendu de votre ouvrage, s'exprime ainsi : « Ce qui doit surtout rester du livre de M. Marsangy, c'est que la loi criminelle, dans son application et dans les différents modes de répression qu'elle consacre, est susceptible d'innombrables améliorations ; que malgré leurs bonnes intentions les gouvernements sont souvent distraits des soins qu'elles réclameraient par les mille incidents de la politique générale; mais que tous les hommes de cœur ne doivent pas se décourager, et tendre au contraire à apporter, chacun dans la limite de ses forces, le

Digitized by Google

contingent de ses lumières et de ses efforts, etc., etc. »

Encore une fois, comme je l'ai dit en commençant, c'est cette dernière considération qui m'a déterminé à vous écrire.

Que si les idées et considérations contenues dans la présente note n'ont d'autre mérite que les bonnes intentions de son auteur, je n'ai qu'à solliciter votre discrétion et votre indulgence pour la liberté que j'ai prise en vous l'adressant.

Que si au contraire ladite note contient quelque chose de bon et d'utile, je m'estimerais heureux d'en recevoir l'assurance dans un mot de réponse de votre part, avec l'honneur de votre conseil sur la meilleure suite à y donner si vous pensez qu'il y ait lieu.

Veuillez agréer, monsieur le conseiller, l'assurance de la haute estime avec laquelle j'ai l'honneur d'être votre très-humble et très-obéissant serviteur,

P. A. FANET,

Docteur en droit,
juge d'instruction près le tribunal de première instance de Bayeux (Calvados).

Paris, 10 décembre 1861.

MONSIEUR ET CHER COLLÈGUE,

J'ai reçu la lettre que vous m'avez fait l'honneur de m'écrire; elle m'a d'autant plus touché que mes écrits s'adressent spécialement à la jeune magistrature, qui partout se fait remarquer par le talent, par les sentiments généreux et par son amour de la science et du progrès. Si j'ai pu émettre quelques idées utiles, c'est sur elle surtout que je compte pour les féconder et les propager; jusqu'à présent ma confiance a été justifiée par la même adhésion chaleureuse et sympathique que vous voulez bien me manifester, et par les intéressants travaux que mes études ont suggérés à quelques-uns de vos jeunes collègues.

La proposition que vous me faites l'honneur de me soumettre est à la fois humaine et opportune, mais à mon sens elle aurait besoin d'être modifiée au point de vue de la réalisation pratique; elle ne va pas assez directement à la source du mal.

Digitized by Google

Ce qu'il faut avant tout, c'est de diminuer progressivement le nombre des méfaits et par suite celui des libérés surveillés et des repris de justice. Dans ce but je suis parvenu à faire réaliser un certain nombre de mesures, dont le résultat constaté dans les premiers chapitres de ma seconde partie a été une notable diminution du nombre des infractions. J'ai proposé depuis d'autres mesures concourant au même but ou devant diminuer le nombre des libérés ou des repris de justice, et entre autres d'abaisser le terme extrême de la répression par *l'admonition*, de substituer dans un plus grand nombre de cas l'amende à l'emprisonnement, comme aussi de conférer au ministère public le droit et le devoir de prévenir les crimes par le salutaire usage des mandements au parquet.

En ce qui touche l'amélioration du sort des libérés et repris de justice, j'ai proposé : 1° la suppression des peines infamantes; 2° de donner à l'administration la faculté de lever la surveillance à l'égard de tous les libérés amendés (*Traité des diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire*). Cette mesure récemment adoptée en Saxe y produit d'excellents résultats; 3° la libération préparatoire, qui seule rend possible et facile le reclassement des libérés amendés dans la société. Il est vrai qu'à cet égard M. Vergé prétend que les criminalistes anglais contestent le succès de cette mesure : c'est là une grave erreur, et si M. Vergé connaissait mieux ce qui se passe chez nos voisins, il n'aurait pas ignoré qu'au contraire les résultats produits en Irlande par cette mesure ont été trouvés tellement *merveilleux* qu'un bill récent du parlement et qu'une circulaire de lord Grey du mois de septembre dernier ont prescrit l'organisation, dans tout le Royaume-Uni, du système des libérations préparatoires suivi en Irlande; il aurait su enfin que c'est à raison de ce succès que la reine a élevé sir Walter Crofton, surintendant des prisons irlandaises, à la dignité de baronnet.

Vous comprenez, Monsieur et cher collègue, que si l'on était parvenu à diminuer davantage encore le nombre des crimes et par suite celui des repris de justice, et si d'autre part on avait, par la libération préparatoire, facilité l'amendement des libérés et leur reclassement dans la masse des populations honnêtes, votre proposition serait plus facilement réalisable, dès qu'on n'aurait plus à s'occuper que de ménager

Digitized by Google

aux condamnés surveillés, non amendés, des moyens certains de travail. Mais comment conviendrait-il d'y pourvoir? là est la question. Outre qu'il serait fâcheux de créer des ateliers de travail ou maisons de refuge pour les criminels, alors que tant d'honnêtes misères sont à soulager, je crois que le nombre des libérés non amendés ne serait pas suffisant dans chaque arrondissement pour qu'on pût y créer un établissement de travail, qui par ses frais d'organisation, de personnel et de surveillance exigerait des dépenses considérables. Mais voici, au point de vue qui nous préoccupe à si juste titre, ce que l'on pourrait faire. Il existe dans le budget de l'État et dans ceux des départements un fonds de secours spécialement destiné aux condamnés libérés. Au moyen de ce fonds, augmenté dans une proportion convenable, on pourrait dans chaque arrondissement occuper les libérés qui seraient sans travail à l'entretien des *chemins ruraux*, sous la surveillance des maires, des cantonniers et des gardes champêtres. Quant à ceux qui seraient vieux ou infirmes, ils pourraient être, au défaut de la charité privée, secourus par les bureaux de bienfaisance.

Vous voyez, Monsieur et cher collègue, que par suite de cet amendement votre proposition atteindrait parfaitement son but et que sa réalisation serait aussi facile que peu coûteuse.

Quoi qu'il en soit, votre projet mérite d'être étudié, il répond à un besoin sérieux, et, comme vous le dites fort bien, il serait destiné à combler une regrettable lacune dans notre organisation administrative. Je ne puis trop vous engager à le développer.

Le remarquable talent de discussion que révèle votre note me donne la certitude que vous pourrez faire sur ce sujet un travail plein d'intérêt et qui devra provoquer l'attention de tous les esprits sérieux.

Veuillez agréer, Monsieur et cher collègue, l'assurance de ma considération très-distinguée.

BONNEVILLE DE MARSANGY,

Conseiller à la Cour impériale de Paris.

Digitized by Google

NÉCROLOGIE.

M. LE PRÉSIDENT NICIAS GAILLARD.

La dernière livraison annonçait à nos lecteurs la perte douloureuse que nous venions de faire de M. le président Nicias Gaillard. Quelques renseignements nous manquaient pour raconter cette existence si noblement remplie. Nous venons acquitter cette dette ajournée. Pour mieux faire connaître M. Nicias Gaillard, nous le laisserons le plus possible parler lui-même.

Il n'était âgé que de vingt-huit ans lorsqu'il débuta, en 1832, dans la magistrature par les fonctions d'avocat général à Poitiers. Cette promotion exceptionnelle indique quelle place considérable le jeune avocat avait déjà su conquérir au barreau de cette Cour. Boncenne y brillait encore et déployait à l'audience l'imagination, le savoir qui caractérisent son ouvrage sur la procédure. M. Nicias Gaillard, presque à ses débuts, fut jugé digne d'être opposé dans plusieurs causes importantes à un tel adversaire. Il soutint cette lutte avec un succès qui jeta sur lui un vif éclat. Les chefs de la Cour n'hésitèrent point à le proposer au gouvernement pour une fonction élevée.

Les espérances fondées sur M. Nicias Gaillard furent si bien réalisées, qu'au bout de peu d'années il était nommé premier avocat général à la même Cour. La santé du procureur général, M. Gilbert-Boucher, ne lui permettant plus de remplir activement ses fonctions, M. Nicias Gaillard se trouva chargé de tout le poids. Il avait trouvé, en entrant au parquet de Poitiers, de pénibles devoirs à remplir. Les temps, les lieux, tout était difficile. Deux ans s'étaient à peine écoulés depuis la révolution de 1830, et l'établissement nouveau avait besoin de durer pour s'affermir. Attaqué chaque jour, il lui fallait chaque jour se défendre, les armes ou les lois à la main. Ainsi en était-il surtout dans l'Ouest de la France. M. Nicias Gaillard porta dans ces luttes la fermeté du magistrat, non l'ardeur emportée de l'homme de parti. Un gouvernement bien inspiré ne demande pas davantage, et rien ne le sert mieux que cette modération.

Les services de M. Nicias Gaillard furent justement appréciés. En 1841 il était nommé procureur général à Metz. Dans son discours d'installation il disait : « Les magistrats les plus distingués se sont succédé rapidement au poste où j'arrive. Je n'ai pas les mêmes raisons de craindre qu'on ne me laisse pas achever ici le bien que j'essayerai d'y faire. » Ces prévisions modestes furent bientôt démenties. Deux mois plus tard, jour pour jour, M. Nicias Gaillard était installé, dans les mêmes fonctions, près la Cour de Toulouse. Cette ville venait d'être le théâtre des événements les plus graves. Des opérations de recensement exploitées perfidement par l'esprit de révolte avaient fait

Digitized by Google

éclater une émeute formidable. Le sang avait coulé, le pouvoir avait été un moment vaincu. Il ne faisait que se relever de sa défaite quand M. Nicias Gaillard, mandé d'urgence par dépêche télégraphique, arriva pour prendre possession de ses difficiles fonctions. « Si vivement touché que je puisse être, dit-il lors « de son installation, du témoignage de confiance dont le gou- « vernement vient de m'honorer, je ne prends pas la parole « pour m'en féliciter. Ce que je sens en moi, c'est la tristesse « d'un bon citoyen en présence de graves désordres publics... « Je ne puis développer ici les principes qui dirigeront mon ad- « ministration. Ce n'est pas le moment des longs discours; « mais, pour tout renfermer en deux mots, j'arrive ici avec la « volonté de faire mon devoir, et, avec l'aide de Dieu et la « vôtre, je le ferai. » Toulouse sait comment cette promesse fut remplie. M. Nicias Gaillard n'eut qu'à déployer de nouveau la fermeté et la modération qu'il avait montrées à Poitiers.

Le rétablissement de l'ordre ne tarda pas à rendre les temps meilleurs pour la parole. Les soins d'une vaste administration n'empêchaient pas M. Nicias Gaillard de paraître à l'audience quand l'importance de l'affaire justifiait sa présence. C'est ce qui eut lieu notamment dans un procès immense par ses détails comme par les intérêts pécuniaires qui y étaient engagés. Il s'agissait de la propriété du canal du Midi disputé par l'État, comme bien domanial, aux héritiers de Riquet. Les plaidoiries avaient duré quatorze audiences lorsque le procureur général prit à son tour la parole qu'il tint pendant deux jours. Il termina par ces mots : « Je me résume : ce procès « que l'État devait engager, je crois qu'il doit le perdre; et « c'est à quoi je conclus. » — Mais ce qui convenait surtout à l'éloquence de M. Nicias Gaillard, c'étaient ces solennelles audiences de rentrée, où d'Aguesseau prononça des discours qui sont restés les modèles du genre. M. Nicias Gaillard avait en lui une source abondante de hautes pensées, de nobles sentiments qu'il pouvait dans de telles occasions laisser librement couler. J'ai sous les yeux le discours par lequel il inaugura la rentrée de novembre 1845. On n'a jamais parlé avec plus d'élévation et de délicatesse des devoirs du magistrat, des écueils qui l'entourent : « C'en est un contre lequel la plupart des « hommes ne songent pas à se défendre, que cette tendance « qu'amène insensiblement la longue habitude des mêmes tra- « vaux. L'homme d'abord ne fait qu'avec peine et fait mal ce « qu'il ignore; il tâtonne, il essaye, il n'apprend que par un long « travail; puis à peine a-t-il acquis l'expérience que la lassi- « tude arrive. Il finit par l'indifférence et le dégoût, comme « il avait commencé par l'ignorance!..... » Plus loin il s'élève contre l'abus des recommandations : « Il est des hommes dans « le monde qui, n'ayant jamais réfléchi à leurs propres devoirs « et ne prenant pas plus au sérieux les devoirs des autres, vous « parleront d'un procès donné en charge à votre conscience

Digitized by Google

« comme d'une de ces mille choses vaines où se joue leur fri-
« volité. Il est d'autres hommes qui s'acquittent avec exac-
« titude des soins de leur état, mais qui, n'ayant rien pratiqué
« au delà des prescriptions ordinaires, d'une probité commune,
« comprennent mal la délicatesse des devoirs du magistrat :
« ils viendront pour converser avec vous d'un procès dont
« vous ne devez entendre parler qu'à l'audience, simplement
« et sans embarras, comme s'il s'agissait de traiter une affaire
« ou de régler un compte. Pour d'autres, enfin, c'est seulement
« une commission à faire. Ils ont promis de vous parler; tout
« à l'heure ils pourront dire à ceux qui les envoient qu'en effet
« ils vous ont parlé et on leur sera reconnaissant de ce service. »

M. Nicias Gaillard met au premier rang des devoirs du magistrat la fermeté; mais il faut voir comment il l'entend : « Il est
« une sécheresse de cœur qui rend facile de ne pas céder à
« des sentiments qu'à peine on éprouve; la longue habitude
« aussi peut endurcir. A Dieu ne plaise que ce soit à de telles
« causes qu'il faille attribuer la fermeté du magistrat! Non! son
« cœur est bien ouvert à tous les doux sentiments; il n'a point
« été déshérité de la pitié, qui est l'onction du cœur, de la fra-
« ternelle bienveillance!... Ce n'est point l'insensibilité qui fait
« les fortes âmes. La fermeté du magistrat, c'est le sentiment ré-
« fléchi de ses devoirs; une modération éloignée de toute pas-
« sion, aussi bien qu'une constance supérieure à toute faiblesse. »

La place de M. Nicias était marquée par l'opinion à la Cour suprême lorsqu'en 1846 il y fut nommé aux fonctions d'avocat général. En 1849, il devenait premier avocat général. C'est en cette qualité qu'il prononça le discours de rentrée de 1855. Il avait choisi pour sujet *la part prise par le premier consul à la confection du Code civil.* « Alors s'offrit un spectacle plein
« d'intérêt. Un homme de guerre en qui se révélait un juris-
« consulte; — un jeune homme égalant la sagesse des vieil-
« lards; le premier magistrat d'un grand État, un vainqueur
« tout couvert de lauriers, interrogeant avec modestie, écou-
« tant avec déférence, et tout d'un coup redevenant maître, de
« disciple volontaire qu'il s'était fait, sachant mieux que ces
« vieux jurisconsultes ce qu'ils croyaient avoir encore à lui
« apprendre; — une raison calme avec le caractère le plus
« fougueux, — une admirable sûreté de bon sens, jointe à
« l'imagination la plus brillante; à tout moment des observa-
« tions profondes, des saillies d'une vivacité extraordinaire,
« des éclats de génie; — tantôt un novateur hardi, tantôt un
« conciliateur prudent; toujours un homme supérieur et dont
« la supériorité librement acceptée, sans discipline hiérar-
« chique ni calcul intéressé, n'était que ce don naturel de
« commandement que Dieu, dans ses plus grandes largesses,
« communique quelquefois aux hommes de génie. » — M. Nicias Gaillard n'avait plus qu'un pas à faire pour toucher au couronnement d'une grande carrière judiciaire. Cette justice ne tarda

Digitized by Google

pas à lui être rendue. Promu en 1856 à la présidence de la chambre des requêtes, il y faisait admirer, depuis plusieurs années, la sûreté de son jugement, la promptitude de son coup d'œil, une science profonde, une expérience consommée, lorsqu'on vit tout à coup ses forces physiques décliner sans que son esprit se ressentît des atteintes d'un mal qui faisait sans cesse de nouveaux progrès. Ce contraste montrait bien ce qu'a dit Bossuet, qu'une âme forte est maîtresse du corps qu'elle anime. Mais la mort avait marqué sa victime. La famille et les amis de M. le président Nicias Gaillard pouvaient chaque jour mesurer les pas qu'il faisait vers la tombe, tandis que lui-même, gardant son calme, sa douce sérénité, continuait de remplir ses fonctions avec la même ponctualité, de se livrer au travail avec la même ardeur. Nos lecteurs savent qu'au moment même où s'est achevée la destruction qui envahissait successivement l'organisme, il préparait un examen de la jurisprudence pour cette *Revue*.

Elle lui a dû plusieurs articles de ce genre, où la solidité du raisonnement est rehaussée par le judicieux emploi d'une vaste érudition. Il la devait à d'immenses lectures, à une longue étude de nos vieux auteurs. Ses réflexions s'étaient de bonne heure portées sur la formation de notre droit. Il fut un des premiers à s'associer au mouvement que Klimrath, de regrettable mémoire, imprima à l'étude de l'histoire du droit français. Il lui adressa, en 1837, un mémoire étendu sur les plus anciennes coutumes du Poitou[1]. Plus tard, en 1850, lorsque celui qui écrit ces lignes vint disputer au concours la chaire d'histoire du droit vacante dans la Faculté de Paris, M. Nicias Gaillard siégeait au nombre de ses juges. Le savant magistrat ne dédaigna pas ensuite de venir s'asseoir plus d'une fois au milieu du jeune auditoire du nouveau professeur. Ce n'était certes pas pour apprendre ce qu'il savait si bien, mais pour donner un témoignage de l'intérêt qu'il portait à cette belle étude, et de sa sympathie pour celui qui venait d'être chargé d'y introduire la jeunesse.

Je devais bien à mon tour un tribut à la mémoire de cet homme éminent, aussi indulgent pour les autres qu'il était sévère, exigeant pour lui-même. Il me rappelait les types les plus vénérés et les plus aimables de notre ancienne magistrature, avec l'alliance des meilleures tendances de notre époque. Caractère vraiment antique par l'austérité de ses principes, la simplicité de ses habitudes, la dignité de sa vie consacrée tout entière au travail et au devoir, il était aussi l'homme de son temps : fermement attaché aux saines traditions du passé, il n'en avait pas moins l'esprit ouvert à toute bonne nouveauté et un zèle plein de chaleur pour tout progrès véritable.

L. DE VALROGER.

[1] Il est reproduit au tome X de notre *Revue*, livraisons de mars et avril.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence.

COMMUNES;
ACTION EN JUSTICE; NÉCESSITÉ DE L'AUTORISATION DU CONSEIL MUNICIPAL, INDÉPENDAMMENT DE CELLE DU CONSEIL DE PRÉFECTURE.

Par M. Reverchon, avocat à la Cour impériale de Paris, ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien maître des requêtes au Conseil d'État.

I. La chambre des requêtes a rendu, le 6 mars dernier, au rapport de M. le conseiller Salneuve et sur les conclusions de M. l'avocat général Savary, un arrêt par lequel elle a plus ou moins sciemment porté une grave atteinte aux règles les plus élémentaires du droit municipal. Bien que les arrêts de cette chambre ne puissent pas avoir et n'aient pas l'autorité qui s'attache à ceux de la chambre civile[1], il nous paraît utile de relever l'erreur dans laquelle elle est tombée et de rappeler les principes qu'elle a méconnus. Nous nous associerons, dans cette discussion, aux observations critiques que l'arrêt dont il s'agit a déjà inspirées à notre ancien confrère Me Hérisson (*Bulletin des tribunaux*, du 13 mars 1865).

II. En fait, un sieur Gallet avait assigné, devant le tribunal civil de Besançon, les sieurs Roche et consorts, à l'effet de voir dire qu'un terrain vain et vague, situé au village de Miserey entre divers héritages, était une rue dépendant du domaine public communal, ou tout au moins *une aisance* commune à tous les riverains. Roche soutint d'abord que Gallet exerçait une action communale, et que dès lors il devait, avant tout, obtenir l'autorisation du conseil de préfecture, conformément

[1] L'illustre et si regrettable magistrat que la Cour de cassation vient de perdre, M. Nicias Gaillard, a dit un jour devant la chambre civile, comme avocat général, *qu'un arrêt de la chambre des requêtes ne faisait pas jurisprudence*. Un autre jurisconsulte non moins éminent, et qui avait également rempli les fonctions d'avocat général à la Cour de cassation, M. de Vatimesnil, ne manquait jamais, quand on lui citait un arrêt *de la Cour de cassation*, de demander s'il émanait de la chambre civile ou de la chambre des requêtes.

Digitized by Google

à l'article 49, § 3, de la loi du 18 juillet 1837. Sans statuer sur cette exception, le tribunal, par jugement du 14 janvier 1863, ordonna la mise en cause de la commune. Mais, par délibération du 21 février suivant, le conseil municipal déclara que la commune était sans interêt dans le litige et qu'il n'y avait pas lieu pour elle d'y intervenir. Nonobstant cette délibération, le conseil de préfecture du Doubs accorda à la commune l'autorisation de plaider, et le maire, procédant en vertu de cette seule autorisation, conclut à ce que le terrain dont il s'agissait fût reconnu être une rue communale. Roche opposa à cette action du maire une fin de non-recevoir tirée de ce que celui-ci ne pouvait, même avec l'autorisation du conseil de préfecture, plaider au nom de la commune sans l'assentiment du conseil municipal. Le tribunal et la Cour de Besançon ont successivement rejeté cette exception par des motifs analogues; ceux de l'arrêt sont ainsi conçus :

« Considérant que l'arrêté du conseil de préfecture a auto-
« risé valablement la commune de Miserey à ester en justice;
« que d'ailleurs cet arrêté est un acte administratif qui n'a
« pas été attaqué par les voies légales, et dont la validité ne
« peut être mise en question devant les tribunaux ordinaires. »

Roche s'est pourvu contre cet arrêt, et il en a demandé la cassation pour « violation des articles 10, n° 8, et 19,
« n° 10, de la loi du 18 juillet 1837, par fausse application
« des articles 49 et 52 de la même loi, en ce que la Cour im-
« périale a décidé que le maire d'une commune peut, malgré
« le conseil municipal dont il est le mandataire et qui lui a
« refusé l'autorisation d'agir, intenter une action judiciaire, si
« la commune est autorisée par le conseil de préfecture. »

Mais ce moyen a été rejeté par l'arrêt précité de la chambre des requêtes, dans les termes suivants :

« Sur le premier moyen, qui consiste à prétendre que l'au-
« torisation donnée par le conseil de préfecture était irrégu-
« lière en ce que le conseil municipal avait été d'avis que la
« commune était sans intérêt au procès;

« Attendu qu'il n'entre pas dans les attributions de l'autorité
« judiciaire d'examiner si, en accordant à une commune l'auto-
« risation de plaider, le conseil de préfecture a régulièrement
« ou irrégulièrement procédé; que se livrer à cet examen ce
« serait s'immiscer dans les fonctions administratives; que,

Digitized by Google

« s'il existe un recours légal, il ne saurait être compétemment « exercé que devant l'autorité administrative supérieure. »

III. Une première observation naît immédiatement de la lecture de cet arrêt, rapproché du moyen de cassation que nous avons transcrit : c'est que la chambre des requêtes a transformé et dénaturé ce moyen, c'est qu'elle n'a pas résolu la question qui lui était soumise et en a résolu une qui ne lui était pas déférée. Le demandeur ne prétendait pas, en effet, que le conseil de préfecture eût irrégulièrement procédé, que la délibération négative du conseil municipal empêchât le conseil de préfecture d'accorder à la commune l'*autorisation* de plaider; il soutenait seulement (ce qui était tout autre chose) que l'autorisation du conseil de préfecture, *régulière* ou non, n'était pas *suffisante*, si le conseil municipal avait refusé la sienne, et il invoquait à l'appui de cette thèse deux arrêts de la chambre civile, sur lesquels nous reviendrons.

La chambre des requêtes n'a-t-elle pas aperçu la différence qui sépare ces deux questions? Nous ne serons pas assez irrespectueux pour le supposer; il nous paraît plus probable que la simple allégation de l'existence d'*un acte administratif* a opéré ici l'effet magique de crainte révérentielle que ce mot vague et incompris produit trop facilement sur l'autorité judiciaire, et qui la détermine souvent à se voiler la face sans examen, ou, si l'on veut, à se dessaisir avec empressement d'affaires dont la connaissance lui appartient cependant si bien qu'elles lui sont ensuite renvoyées par le Conseil d'État, après d'inutiles et regrettables délais [1].

IV. Quoi qu'il en soit, prenons la question, non telle que l'a

[1] La dernière statistique des travaux du Conseil d'État constate qu'à une seule exception près, tous les conflits négatifs sur lesquels il a statué, de 1852 à 1860, ont été vidés dans le sens de la compétence judiciaire, et, en se reportant à ces affaires, on voit que partout les tribunaux s'étaient mal à propos arrêtés devant cette frayeur de toucher à des actes administratifs. Nous avons, il y a quelques années, indiqué un certain nombre de matières dans lesquelles la jurisprudence du Conseil d'État a posé des règles qui, si elles étaient mieux connues, préviendraient un grand nombre de ces regrettables déclarations d'incompétence, en montrant que tout acte émané *d'un administrateur* ou d'une autorité administrative n'est pas, par cela seul, au point de vue de la compétence, un acte administratif (V. *le Droit* des 22 et 23 mai 1855).

Digitized by Google

posée la chambre des requêtes, mais telle qu'elle résultait de l'arrêt de la Cour de Besançon et du pourvoi dirigé contre cet arrêt, et, pour la saine appréciation de cette question, rappelons d'abord que, d'après la loi du 18 juillet 1837, les conseils municipaux sont investis de pouvoirs ou d'attributions qui se divisent en trois catégories distinctes. En premier lieu, ils *règlent* certains objets, sauf le droit d'annulation réservé au préfet dans des cas et dans des délais déterminés (art. 17 et 18 de la loi précitée). En second lieu, ils *délibèrent* sur certains objets énumérés, soit par l'article 19 de la même loi (et parmi lesquels figurent les actions judiciaires), soit par d'autres lois; leurs *délibérations* sont alors soumises à l'approbation, soit du préfet, soit du conseil de préfecture, soit du gouvernement, qui peuvent bien refuser cette approbation, mais ne peuvent forcer la commune à faire ce que le conseil municipal ne veut pas faire. En troisième lieu, enfin, ils émettent de simples *avis* sur les objets spécifiés par l'article 21; ces avis ne lient point l'administration supérieure, qui est bien tenue de les prendre, mais peut passer outre sans y avoir aucun égard.

Le sens de l'article 19 de la loi de 1837, en ce qui concerne *les délibérations*, vient d'être résumé avec une remarquable précision par M. Ducrocq, professeur de droit administratif à la Faculté de Poitiers, dans une très-bonne monographie qu'il a consacrée aux partages de biens communaux :

« Il s'agit, dit-il, d'une *délibération* proprement dite du con-
« seil municipal, c'est-à-dire d'une mesure dont l'initiative
« appartient à ce conseil..... La réalisation de ces actes peut,
« nous le savons, être empêchée par le refus d'approbation
« de l'autorité supérieure; la volonté du conseil municipal
« n'est pas suffisante pour assurer leur accomplissement; mais
« elle est suffisante pour l'empêcher. On ne peut pas lui for-
« cer la main et le contraindre à y procéder; nul ne peut dé-
« cider que tel acte de la vie civile aura lieu si les conseils mu-
« nicipaux ne le votent eux-mêmes. — Ces expressions de
« l'article 19 de la loi de 1837, « *le conseil municipal délibère*
« sur tel acte, » signifient que cet acte ne peut avoir lieu qu'en
« vertu d'une délibération conforme du conseil municipal,
« approuvée par l'administration supérieure d'après l'arti-
« cle 20. — Tout le monde est d'accord sur ce point élémen-

Digitized by Google

« taire[1], qui constitue l'une des règles fondamentales de « l'administration communale, telle qu'elle existe en ce mo- « ment en France. Les conseils municipaux ne sont pas libres « pour l'action, par suite de la nécessité légale d'une autori- « sation; mais ils sont libres de rester dans l'inaction. Ils ne « sont pas encore libres pour faire, mais ils sont déjà libres « pour ne pas faire et empêcher qu'il soit fait. Ils n'ont pas « une entière liberté pour accomplir un acte de la vie civile « de la commune; mais ils possèdent, en principe, une liberté « entière de ne pas accomplir un tel acte et d'empêcher par « leur refus qu'il puisse être accompli. C'est ainsi qu'est ré- « glée par la loi de 1837 l'indépendance municipale; telles « sont les limites et l'étendue de son droit. »

Et il n'est pas inutile d'ajouter que la loi du 18 juillet 1837 est la première qui soit entrée, avec circonspection sans doute, dans la voie d'une certaine émancipation des communes, c'est-à-dire qui ait conféré aux conseils municipaux des attributions propres et un commencement d'indépendance, en même temps que l'élection venait d'être rétablie (par la loi du 21 mars 1831) pour ces conseils; là encore, ainsi qu'on l'a dit avec raison, le gouvernement de cette époque s'est appliqué à faire pénétrer la liberté dans les institutions administratives de l'empire, et, si de plus amples progrès doivent être ultérieurement réalisés, ce premier et considérable progrès leur aura servi de base et de point de départ. Lorsque, dans le préambule du décret du 25 mars 1852, le rédacteur de ce préambule a prétendu que, *depuis la chute du premier empire, des abus et des exagérations de tout genre ont dénaturé le principe de la centralisation administrative en substituant à l'action prompte des autorités locales les lentes formalités de l'administration centrale,* il a pris carrément le contre-pied de la vérité, qu'au surplus il n'est pas possible de deviner en ces matières sans les avoir jamais étudiées : car il n'est aucun gouvernement qui ait poussé plus loin que le premier empire l'excès des applications de la centralisation, et c'est à partir de 1814 qu'ont été faits ou commencés quelques pas en sens contraire. Ce n'est pas ici le lieu

[1] Si M. Ducrocq avait connu, lorsqu'il écrivait, l'arrêt de la Cour de Besançon et celui de la chambre des requêtes intervenus dans l'espèce actuelle, il n'aurait peut-être pas dit que *tout le monde* est d'accord sur ce point; mais il n'en aurait pas moins dit que ce point *est élémentaire.*

Digitized by Google

de développer cette assertion; elle nous fournira peut-être ailleurs le sujet d'une autre étude.

V. Cela posé, nous revenons à la question spéciale qui nous occupe, et, après avoir constaté qu'il s'agit ici d'un cas dans lequel le conseil municipal doit *délibérer*, nous avons à rechercher si le conseil de préfecture peut *autoriser* une commune à plaider quand le conseil municipal ne veut pas plaider, et, en cas d'affirmative, quel est l'effet d'une telle *autorisation*.

A cet égard, la loi du 18 juillet 1837 a prévu et réglé séparément la situation de la commune *demanderesse* et la situation de la commune *défenderesse*. Dans la seconde de ces hypothèses, l'article 52 de la loi précitée exige que, même en présence d'une délibération négative du conseil municipal, c'est-à-dire d'une délibération portant refus de défendre à l'action qu'un tiers se propose d'intenter contre une commune, le conseil de préfecture soit néanmoins appelé à examiner s'il y a lieu d'autoriser la commune à défendre. Mais quel est le sens, quelle est la portée de cette autorisation? M. Vivien, dans son rapport à la Chambre des députés sur la loi de 1837, l'a expliqué avec la netteté et la précision qui lui étaient propres; il a montré (et l'affaire actuelle justifie ce soin, qui aurait pu sembler superflu) qu'une autorisation n'est qu'une autorisation.

« L'article 52, a-t-il dit, veut que le conseil de préfecture « soit appelé à se prononcer sur toute délibération du conseil « municipal relative à un procès intenté *contre la commune*. « Quand le conseil est d'avis de plaider, le conseil de préfec- « ture doit décider s'il convient de donner l'autorisation né- « cessaire. Mais quand le conseil municipal refuse de se dé- « fendre, y a-t-il encore lieu pour le conseil de préfecture de « statuer sur l'autorisation, et pourrait-il l'accorder malgré ce « refus? Vous vous êtes prononcés pour l'affirmative; la Chambre « des pairs a adopté l'opinion contraire. Dans son opinion, « quand le conseil municipal refuse de plaider, le conseil de « préfecture ne peut plus intervenir pour permettre une dé- « fense à laquelle la commune renonce : ce serait imposer à « celle-ci une obligation qu'elle ne peut pas être tenue de subir. « Malgré cette objection, nous persistons dans l'opinion que « vous aviez adoptée. Le conseil municipal ne doit pas être « plus souverain pour renoncer à se défendre que pour s'y « engager. *A la vérité, la décision du conseil de préfecture ne*

Digitized by Google

« *pourra pas contraindre la commune à prendre un avoué, à* « *intervenir activement dans le procès ;* mais elle pourra atté- « nuer auprès des juges, si une transaction régulière n'arrête « pas l'instance, l'effet que produirait le refus du conseil mu- « nicipal ; elle fera peser sur celui-ci et sur le maire une res- « ponsabilité qui pourra les engager à réfléchir *et les faire* « *revenir sur leur première détermination*, etc. »

L'objection présentée dans le sein de la Chambre des pairs se trouva ainsi écartée par cette explication, et la loi fut votée dans ses termes actuels.

Le ministère de l'intérieur n'hésita pas, de son côté, à accepter l'interprétation qui résultait de ces débats, et l'on sait pourtant qu'il a toujours été plus disposé à restreindre qu'à étendre les pouvoirs des conseils municipaux. On lit, notamment, dans une circulaire de ce ministère, du 7 janvier 1840 :

« D'après la jurisprudence du Conseil d'État, une commune « ne peut être autorisée à plaider qu'autant que le conseil muni- « cipal en a fait la demande expresse. La délibération muni- « cipale ne saurait donc, en cette matière, être regardée comme « un simple avis auquel le conseil de préfecture pourrait avoir « tel égard qu'il jugerait à propos, suivant les circonstances « qui en altéreraient plus ou moins la sincérité ; c'est un acte « de pouvoir, soumis, il est vrai, à l'approbation ou au refus « du conseil de préfecture, mais ayant un caractère de véritable « initiative, puisque la commune ne pouvait pas être contrainte « à plaider contre son gré. »

Et n'oublions pas que *la commune*, en cette matière, ce n'est pas le maire seul, c'est le conseil municipal, ou, si l'on veut, c'est le maire agissant *en vertu d'une délibération* du conseil municipal.

La même doctrine se retrouve également dans une autre circulaire du même ministère, du 10 octobre 1842, relative aux manœuvres employées dans quelques localités pour soustraire des bois communaux au régime forestier, ou pour en dépouiller les communes :

« L'autorité supérieure, dit cette circulaire, ne peut, il est « vrai, d'après les lois en vigueur, exercer au nom des com- « munes les actions judiciaires désertées ou négligées par les « administrations municipales, et, d'un autre côté, les conseils « de préfecture n'ont pas le pouvoir de contraindre les com-

Digitized by Google

« munes à plaider contre leur gré. Mais..... d'abord, lorsque « les demandeurs en revendication vous présentent leur mé- « moire, ainsi qu'ils y sont obligés par l'article 51 de la loi du « 18 juillet 1837, le conseil de préfecture peut toujours, aux « termes de l'article 52 de la même loi, autoriser la commune « à ester en justice, quand bien même le conseil municipal « aurait émis un vote contraire. La raison en est qu'il s'agit « ici, non pas d'intenter l'action, mais d'y défendre; que par « conséquent l'initiative étant prise par l'adversaire de la com- « mune, et un jugement pouvant être rendu contre elle nonob- « stant son absence, il importait que l'attribution des conseils « de préfecture fût plus étendue dans ce cas que dans celui où « la commune aurait à intenter elle-même l'action. Je dois « ajouter toutefois que, d'après la jurisprudence en vigueur, « *l'autorisation ainsi donnée d'office est une simple faculté et* « *non une injonction*. Mais on conçoit facilement que, même « restreinte à une simple permission, elle doit exercer une « influence utile, soit sur les résolutions ultérieures du conseil « municipal, soit sur l'esprit du tribunal qui serait appelé à « statuer par défaut sur l'objet du litige. »

VI. Si donc, dans l'espèce, la commune de Miserey avait figuré dans l'instance comme *défenderesse*, il serait certain, d'une part, que le conseil de préfecture aurait pu lui accorder l'*autorisation* de plaider, nonobstant la délibération négative du conseil municipal, et, d'autre part, que cette autorisation n'eût été qu'une autorisation, c'est-à-dire que, pour en user au nom de la commune, le maire aurait dû obtenir l'assentiment du conseil municipal. Par voie de conséquence, il est également certain que, dans ce même cas, l'autorité judiciaire aurait pu et dû, à défaut de rétractation du conseil municipal, déclarer non recevable l'intervention du maire, sans exiger l'annulation préalable de l'arrêté du conseil de préfecture par le Conseil d'État; elle aurait d'autant moins pu élever cette exigence qu'un tel arrêté, réduit comme il doit l'être à une simple autorisation, ne contient aucune irrégularité, aucun excès de pouvoir, et ne pourrait, sous aucun prétexte, être annulé par le Conseil d'État.

Maintenant, de ce que la commune, au lieu d'être défenderesse, était appelée dans l'instance comme *demanderesse*, s'ensuivait-il qu'il y eût lieu d'appliquer d'autres principes et d'a-

Digitized by Google

dopter d'autres solutions? Il est très-vrai que, dans ce cas, le maire ne doit pas adresser au conseil de préfecture une demande en autorisation de plaider qui n'a pas été formée par le conseil municipal ou que ce conseil a refusé de former; il est très-vrai que si le conseil de préfecture en est néanmoins saisi, il doit la déclarer non recevable; et qu'enfin, s'il y fait droit, son arrêté peut être déféré au Conseil d'État comme entaché d'excès de pouvoir (V. notre *Traité des autorisations de plaider*, 2e édit., n° 30). Mais, alors même que cet arrêté ne serait pas attaqué devant le Conseil d'État, alors même que le Conseil d'État auquel on l'aurait déféré le maintiendrait, qu'en résulterait-il? Que le conseil de préfecture a pu *autoriser* la commune demanderesse à plaider, comme il peut y *autoriser* la commune défenderesse; il n'en résulterait assurément pas qu'il pût *la contraindre* à plaider malgré elle, c'est-à-dire malgré son conseil municipal. En d'autres termes, le conseil de préfecture, qui, dans l'intention de la loi, a des attributions plus étendues vis-à-vis d'une commune défenderesse que d'une commune demanderesse, ne peut évidemment pas donner à son autorisation, dans ce dernier cas, une portée qu'elle n'a pas dans l'autre; tout au plus peut-elle avoir la même portée dans les deux cas. Dès lors, à quoi bon renvoyer les parties devant l'autorité administrative supérieure pour faire juger une question qui, fût-elle tranchée dans le sens de la validité et de la régularité de l'autorisation du conseil de préfecture, laisserait toujours à juger par l'autorité judiciaire la question purement judiciaire de savoir si cette autorisation, supposée régulière et valable, dispense le maire de représenter aussi celle du conseil municipal?

VII. Si la chambre des requêtes, qui emploie quelquefois de longues heures à délibérer sur la manière de ne pas admettre des pourvois dont la gravité, au point de vue d'une simple admission, est suffisamment attestée par les dissidences mêmes qu'ils soulèvent ainsi dans son sein, avait pris le temps de s'édifier ici sur le fondement du scrupule qui l'a portée à écarter, en en changeant les termes, le moyen dont elle était saisie, elle aurait pu s'apercevoir que ce même scrupule n'avait pas arrêté la chambre civile dans une affaire analogue et récente, et qu'ainsi il ne devait pas être suffisamment décisif. On lit, en effet, dans un arrêt de cette chambre, en date du 30 no-

Digitized by Google

vembre 1863, rendu au rapport de M. le conseiller Renouard [1] et sur les conclusions conformes de M. le premier avocat général de Raynal (Dalloz, 1863, 1, 448) :

« Attendu que le pouvoir conféré au préfet, par l'article 15 de « la loi du 18 juillet 1837, de procéder d'office, par lui-même « ou par un délégué spécial, aux actes que le maire refuserait « ou négligerait de faire, ne lui est donné que pour les cas où « il s'agit d'actes prescrits au maire par la loi;

« Attendu qu'aucune disposition de loi ne prescrit au maire « l'obligation d'ester en justice, contrairement à son opinion « et à celle du conseil municipal, pour y défendre à une action « intentée contre la commune;

« Attendu que, si l'on doit considérer comme prescrits par « la loi les actes dont, aux termes de l'article 9, le maire est « chargé sous l'autorité de l'administration supérieure, il n'en « est pas de même des actes que la loi s'est bornée à placer « sous la surveillance de cette administration, et que dans le « pouvoir de surveillance n'est pas compris le pouvoir d'ac- « tion;

« Attendu que c'est sous la surveillance de l'administration « supérieure, et non sous son autorité, que le maire est chargé « des attributions énumérées en l'article 10, au nombre des- « quelles est celle de représenter la commune en justice, soit « en demandant, soit en défendant;

« *Attendu que les décisions que le conseil de préfecture est, « dans tous les cas, appelé à prendre aux termes de l'article* 52, « *et en vertu desquelles la commune peut, contrairement à l'avis « de son conseil municipal, être autorisée à ester en jugement, « ont uniquement pour effet d'ouvrir à la commune une faculté « dont* CELLE-CI *reste maîtresse de ne pas user, et ne constituent « pas des injonctions lui imposant l'obligation d'ester en justice;*

« Attendu que la loi a prévenu les inconvénients et les abus « pouvant naître du pouvoir d'option ainsi laissé aux repré- « sentants ordinaires de la commune, en consacrant, par l'ar- « ticle 49, sous les conditions que cet article détermine, le « droit, pour tout contribuable inscrit au rôle, de prendre en

[1] Nous faisons remarquer que ce magistrat a pris, comme député, une part importante à l'élaboration de la loi du 18 juillet 1837, et qu'il en connaît mieux que personne le véritable esprit.

Digitized by Google

« main les actions de la commune que celle-ci aurait refusé « ou négligé d'exercer;

« Attendu, en fait, que, sur le refus du maire de Job et du « conseil municipal de signifier le jugement rendu par le tri- « bunal d'Ambert au profit de la commune de Job le 17 août « 1857, le préfet du Puy-de-Dôme, par arrêté du 4 janvier « 1858, a nommé Paulin, percepteur à Ambert, son délégué « spécial pour faire notifier à qui de droit ledit jugement et « pour faire faire tous actes de procédure et remplir toutes « autres formalités dans l'intérêt de la commune;

« Que..... ne s'agissant point d'actes prescrits au maire par « la loi, il n'y avait pas lieu à appliquer l'article 15, etc.;

« Casse, etc. »

L'arrêté préfectoral du 4 janvier 1858, intervenu dans cette affaire, n'était cependant pas moins un acte administratif que l'arrêté pris, dans l'espèce actuelle, par le conseil de préfecture; l'un aurait pu, comme l'autre, donner lieu à la question préjudicielle qu'ont soulevée la Cour de Besançon et la chambre des requêtes, ou plutôt ni l'un ni l'autre ne devait faire naître cette question. Si en effet il n'appartient pas à l'autorité judiciaire de donner, en cas de doute, l'interprétation ou d'apprécier la régularité d'un arrêté du conseil de préfecture autorisant une commune à plaider, en revanche c'est à elle seule qu'est dévolu le soin de statuer, non plus sur le sens ou la régularité d'une autorisation administrative, mais sur la qualité et les pouvoirs *légaux* du mandataire qui se présente, avec ou sans cette autorisation, pour plaider au nom d'une commune; il suffit à cet égard de renvoyer aux divers arrêts de la Cour de cassation qui ont établi ce point de jurisprudence (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Commune*, n°s 1573 et 1574), et que l'arrêt qui vient d'être rapporté n'a fait que confirmer.

Citons encore, dans le même sens, un autre arrêt de la chambre civile, du 21 décembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 95), qui est ainsi conçu :

« Attendu que le maire, lorsqu'il agit pour la commune de- « vant la justice, soit en demandant, soit en défendant, n'est « que le mandataire de cette commune; *qu'il ne peut dès lors « procéder sans le concours et, à plus forte raison, contre la « volonté du conseil municipal, qui en est le représentant légal;* « que ce principe, qui tient à la constitution et à l'essence

Digitized by Google

« même des corps municipaux, écrit dans toutes les lois qui « ont précédé celle du 18 juillet 1837, a été formellement main- « tenue par les articles 10, n° 8, et 19, n° 10 de ladite loi.

« Attendu que, si l'article 55 permet au maire, par dérogation « à la règle générale, d'intenter sans autorisation préalable « toute action possessoire ou d'y défendre, cette exception « ne s'applique qu'à l'autorisation du conseil de préfecture, et « non à l'autorisation donnée au maire par la commune elle- « même, par l'intermédiaire de son conseil municipal [1]. »

VIII. Si la doctrine contraire pouvait prévaloir en ce qui concerne les actions judiciaires des communes, elle devrait prévaloir également en ce qui concerne les autres objets énumérés par l'article 19 de la loi du 18 juillet 1837. Il faudrait admettre, par exemple, que lorsque le préfet ou l'Empereur (selon les cas) a *autorisé* une commune à acquérir, à vendre, à transiger, à faire des travaux d'utilité publique, etc., le maire peut acheter, vendre, transiger, faire exécuter les travaux, etc., alors même que le conseil municipal refuserait de donner suite au projet qu'il avait d'abord approuvé; il faudrait tout au moins admettre que l'autorisation préfectorale ou impériale donne au maire le pouvoir de passer outre à ce refus, tant qu'elle n'a pas été annulée ou rapportée par l'autorité compétente. C'est ce qui a été en effet soutenu devant le Conseil d'État, mais avec un insuccès facile à prévoir pour ceux qui savent avec quel soin cette haute juridiction respecte et maintient les prérogatives légales du pouvoir municipal. Un arrêt de ce conseil, en date du 3 décembre 1864 (Lebon, 1864, p. 950) a statué à cet égard dans les termes suivants :

« Considérant que, par sa délibération en date du 21 mai « 1861, le conseil municipal de la commune d'Ornon a déclaré « renoncer à l'exécution du projet de déplacement de l'église « communale, qu'il avait adopté dans plusieurs délibérations « précédentes, et a voté la reconstruction de l'ancienne église « sur l'emplacement qu'elle occupe actuellement; — que, mal-

[1] On a invoqué, pour atténuer l'autorité de ces décisions, deux arrêts de la même Cour, des 29 juillet 1823 et 4 mai 1824. Mais, ainsi que l'a remarqué M. Hérisson dans l'article auquel nous avons fait allusion, à supposer que ces arrêts soient en contradiction avec ceux de 1863, ce sont évidemment ceux-ci qui devraient servir de règle aujourd'hui; la contradiction, d'ailleurs, est plus apparente que réelle.

Digitized by Google

« gré cette délibération, le préfet a prescrit au maire de prendre « les mesures nécessaires pour mettre à exécution le projet de « déplacement de l'église, qu'il considérait comme définitive- « ment arrêté par suite de l'approbation qu'il avait donnée, le « 12 novembre 1859, aux précédentes délibérations du conseil « municipal; que de plus il a prescrit la mise en recouvrement « des souscriptions consenties en vue du déplacement de « l'église par divers habitants de la commune; — que notre « ministre de l'intérieur, statuant sur le recours formé devant « lui contre la décision du préfet, a maintenu cette décision « en ce qui touchait le déplacement de l'église;

« Considérant qu'aux termes de l'article 19 de la loi du « 18 juillet 1837, il appartient au conseil municipal de délibérer « sur le déplacement de l'église communale et sur la construc- « tion d'une église nouvelle, et qu'aux termes de l'article 20 « de la même loi, le préfet ne peut que donner ou refuser son « approbation aux délibérations de ce conseil;

« Considérant que la première décision du préfet, en date « du 12 novembre 1859, ne constituait qu'une autorisation dont « la commune était libre de ne pas user; — qu'ainsi, en pre- « nant les décisions attaquées, le préfet de l'Isère et notre mi- « nistre de l'intérieur ont excédé la limite de leurs pouvoirs,

« Art. 1er. Sont annulées, pour excès de pouvoir, les déci- « sions, etc. [1]. »

En d'autres termes, autoriser, c'est autoriser, c'est ouvrir une faculté, ce n'est pas imposer une obligation. Donc, lorsque ce n'est pas au maire seul, mais à la commune, représentée par son conseil municipal, qu'il appartient de demander et que doit être accordée (s'il y a lieu) l'*autorisation*, c'est aussi à la commune seule, représentée par son conseil municipal, qu'il appartient d'user ou de ne pas user de cette autorisation.

Il existe bien, dans l'article 19 précité, un cas à propos duquel la *délibération* du conseil municipal n'a pas l'effet qu'elle a dans tous les autres, c'est-à-dire un cas dans lequel l'*autorisation* conférée malgré le refus du conseil municipal se transforme en une véritable obligation; nous voulons parler des dons et legs, que la commune peut être autorisée *et contrainte*

[1] On ne perdra pas de vue que le Conseil d'État n'avait pas à annuler et n'a pas annulé l'autorisation préfectorale du 12 novembre 1859.

Digitized by Google

à accepter. Mais cette dérogation au principe a été établie par l'article 48, § 2, de la loi du 18 juillet 1837; elle constitue une exception à la règle (V. notamment M. Aucoc, *Des sections de commune*, 2e édit., n° 195), qu'elle laisse subsister et confirme dans les autres cas.

IX. Il nous suffit d'ailleurs de rappeler en terminant que les conseils de préfecture, lorsqu'ils statuent sur les demandes en autorisation de plaider formées par les communes, ne rendent pas des jugements, mais font de simples actes de tutelle administrative (V. notre *Traité* précité, nos 42 et suiv.; V. aussi Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° *Commune*, nos 1561 et suiv., etc.). C'est là une des circonstances dans lesquelles, aux termes des lois qui les régissent, ces conseils procèdent, non comme juges, mais comme administrateurs. Il suit de là que l'exercice de la tutelle administrative, lorsqu'il leur est attribué, a de leur part le même caractère et n'a pas d'autres effets que lorsque cette tutelle est exercée par les préfets ou par le gouvernement à l'égard des autres actes auxquels s'applique l'article 19 de la loi de 1837.

X. En définitive, les arrêts de la Cour de Besançon et de la chambre des requêtes qui nous ont paru comporter la réfutation qu'on vient de lire, ne sont évidemment pas de nature à fonder une jurisprudence; ils peuvent d'autant moins avoir cette prétention et ce résultat que, comme on l'a vu, ils sont en opposition flagrante avec les principes sur lesquels repose la jurisprudence de la chambre civile. Cependant, à une époque où le législateur et l'opinion publique se préoccupent des moyens d'élargir l'action et d'augmenter l'indépendance du pouvoir municipal, il n'est pas sans intérêt de signaler l'étrange anachronisme commis par des décisions judiciaires qui assignent à cette indépendance des limites plus étroites que celles qui résultent de la loi existante; il n'est pas inopportun non plus de réclamer, en attendant mieux (s'il y a lieu), le maintien des dispositions de cette loi, que des lois nouvelles pourront compléter, mais auxquelles assurément elles ne substitueront pas, par un progrès à rebours, le régime dont elle a sagement commencé à relâcher les liens. E. REVERCHON.

Digitized by Google

ÉTUDE SUR LE CUMUL DES PEINES

applicables aux CONTRAVENTIONS *de presse.*

Par M. Amb. VENTE, procureur impérial à Lille.

I. — Dans un travail que la *Revue de jurisprudence* a publié en 1858 [1], j'ai tenté d'établir que sous l'empire des lois actuelles le bénéfice des circonstances atténuantes s'applique à tous les crimes et délits de presse ou de publication, et que, sauf de rares exceptions, il ne s'applique jamais aux contraventions de la même catégorie.

Ce travail a depuis été l'objet d'une critique habile autant que bienveillante [2] à laquelle j'emprunte aujourd'hui, pour la réfuter dans la mesure de mes forces, une grave objection, — la seule, à vrai dire, qui me paraisse digne de l'attention des jurisconsultes.

II. — Le savant arrêtiste auquel je réponds s'étonne de la distinction que, en ce qui concerne l'article 463 du Code pénal, j'établis entre les diverses infractions de presse, suivant qu'elles sont ou non purement matérielles ; et, dans un dilemme pressant en apparence, il s'efforce de mettre la doctrine que je soutiens en contradiction avec elle-même : — Ou bien, dit-il, les infractions matérielles de presse sont de véritables délits, lorsqu'elles sont punies de peines correctionnelles, ou elles sont de simples contraventions. Si vous les traitez comme délits, pourquoi refusez-vous de leur appliquer le bénéfice des circonstances atténuantes qui, de votre aveu, s'étend à tous les délits de presse? Si vous en faites des contraventions, pourquoi leur appliquez-vous le principe de la confusion des peines que l'article 365 du Code d'instruction criminelle restreint aux seuls crimes et délits, et qu'une jurisprudence bien constante ne permet point d'étendre aux contraventions? La contradiction serait flagrante, en effet, si le dilemme était inévitable. Mais, entre les deux termes de l'alternative posée, il y a place pour une tierce opinion qui, très-conséquente avec elle-même et

[1] *Revue critique*, 1858, t. XIV, p. 50.
[2] Dalloz, 1859, 1, 281.

Digitized by Google

considérant ces sortes d'infractions comme de véritables contraventions, soutient qu'en ce qui les concerne il faut tout à la fois — exclure l'admission des circonstances atténuantes, — admettre le cumul des peines. Dès lors que devient le dilemme? Il tombe si ces propositions sont vraies. Or elles le sont. Je l'ai prouvé pour la première avec la Cour de cassation [1], et je crois pouvoir le prouver contre elle pour la seconde.

III. — La question ne laisse point que d'être compliquée, je le reconnais. La poser même n'est point sans difficulté, et l'on ne peut y réussir qu'en la dégageant tout d'abord de diverses causes d'obscurité, d'autant plus dangereuses qu'elles semblent jusqu'ici être restées inaperçues.

IV. — La première consiste dans une certaine confusion qui, par mégarde, et j'ajouterai presque naturellement en ce sujet, s'établit entre la discussion du principe même, bon ou mauvais, posé par la loi, et celle de ses applications diverses. S'agit-il, par exemple, d'étendre aux contraventions de presse la règle qui prescrit le cumul des peines encourues pour celles de droit commun? M. Dalloz s'y refuse [2], non que les textes y répugnent, ou que la discussion des lois spéciales révèle une intention contraire, — ce qu'il ne recherche même pas, — mais parce que cette règle lui paraît mauvaise en soi et bizarre dans ses conséquences. Soit; mais si d'autres la trouvent rationnelle et juste, seront-ils par cela seul autorisés à soutenir qu'elle est l'expression vraie de la volonté du législateur? Interpréter ainsi la loi, n'est-ce pas plutôt la refaire, et la refaire au gré des théories individuelles étrangement variables quand il s'agit de droit pénal? Quelle que soit la valeur intrinsèque de ces principes contraires, la question n'est point d'opter pour le meilleur, mais de savoir lequel des deux la loi s'est approprié, et nous verrons que, pour le décider, il ne manque pas de raisons solides et juridiques.

V. — Une autre cause d'obscurité résulte de la difficulté qu'au premier abord on éprouve à distinguer nettement les

[1] V. *Revue critique*, *loc. sup. cit.* La Cour suprême s'est, il est vrai, prononcée depuis en sens contraire en ce qui concerne les contraventions spécialement prévues par la loi du 27 juillet 1849. Je regarde toutefois comme mal fondée cette nouvelle doctrine dont je me suis efforcé de démontrer l'inconséquence. (*Revue critique*, 1861, t. XIX, p. 97.)

[2] Dalloz, 1858, 2, 201, notes 3, 4 et 5, et aussi 1853, 2, 153, notes.

Digitized by Google

cumuls de nature différente qui se rencontrent dans notre droit pénal. En effet, les incriminations multiples qu'entraîne la réitération d'un même fait, — les qualifications diverses qu'il comporte, — les poursuites distinctes dont il peut être l'objet, sont, comme les peines elles-mêmes, susceptibles d'être divisées ou réunies, cumulées ou confondues.

Ainsi un journal politique paraît sans cautionnement, et publie plusieurs numéros avant toute poursuite : ces publications réitérées se confondront-elles pour ne former qu'une seule contravention, ou bien doit-on les cumuler et y voir autant de contraventions distinctes [1] ?

Ou bien un article d'économie sociale est inséré sans signature dans un journal qui n'est ni autorisé, ni cautionné, ni déposé. Il y a là quatre contraventions à autant de prescriptions de la loi. Doit-on les retenir toutes et les cumuler? L'une d'entre elles, au contraire, n'absorbe-t-elle pas toutes les autres [2] ?

Enfin, quant aux poursuites : un même article contient un double délit d'offense envers le chef de l'État et de diffamation

[1] Cette question a été débattue, en 1835, à l'occasion de poursuites intentées contre le journal *la Justice*. Le tribunal de la Seine (16 mai 1835), la Cour de Paris (27 juin 1835) et celle d'Orléans (17 octobre 1835) avaient déclaré qu'il n'y avait qu'une seule contravention. (*Gazette des tribunaux*, 28 juin et 19 octobre 1835.)

La solution contraire a été adoptée par la Cour de cassation (3 septembre 1835, bull. 340, et 23 janvier 1836, bull. 28, ch. réunies). La Cour d'Amiens, saisie par renvoi, a dû s'incliner devant cette décision; mais j'ai pu me convaincre, en lisant son arrêt au greffe, qu'elle ne l'avait point motivée en droit, ce qui semble indiquer qu'elle ne partageait point la doctrine de la Cour suprême. Dans le même sens, V. Toulon, 16 août 1832, aff. du *Corsaire*, rapportée par Chassan, t. I, p. 191.

[2] Il y a autant de peines encourues qu'il y a d'infractions à la loi : 1° dans le cas où l'imprimeur a oublié de faire la déclaration avant l'impression et le dépôt avant la publication (Cassation, 14 août 1846, bull. 214, cassant un arrêt de Toulouse, 9 juillet 1846. — Paris, 24 juillet 1850, aff. Plon, D., 51, 5, 390); — 2° dans la publication d'un article de discussion politique par un journal non autorisé, et l'omission au bas de cet article de la signature de l'auteur (Paris, 6 mars 1858, réformant un jugement de Tonnerre, 22 janvier; D., 58, 2, 202). L'arrêtiste qui ne partage pas cette doctrine fait observer du reste avec raison que pour être logique, dans la dernière espèce, on aurait dû relever quatre contraventions, car le journal n'était ni autorisé ni cautionné, et l'exemplaire où se trouvait l'article non signé n'avait pas été déposé au parquet.

Digitized by Google

envers un fonctionnaire. Peut-on diviser l'action publique et reprendre sur une seconde poursuite l'un des chefs omis dans la première [1]? Si c'est un journal qui paraît sans cautionnement et publie un article provoquant à un crime, pourra-t-on le traduire tout à la fois pour ce dernier fait devant la Cour d'assises, et pour la contravention devant le tribunal correctionnel [2]? Dans ces deux cas, ne devrait-on pas réunir et confondre les deux infractions dans une même poursuite, les déférer au même juge?

VI. — Ces questions délicates ont avec celle qui nous occupe une fausse et dangereuse analogie : fausse, parce qu'en admettant même la distinction des faits, des poursuites, des qualifications, et partant la multiplicité des peines encourues, il reste encore à rechercher si ces peines, à leur tour, doivent ou non être cumulées, ce qui prouve qu'entre tous ces cumuls il n'y a de commun que le nom; — dangereuse, parce qu'il n'est point rare, nous le verrons plus loin, qu'une même affaire les mette aux prises les uns avec les autres, et la difficulté s'accroît alors du conflit des principes différents, sinon même contradictoires, qui les régissent. Il y a là une source de confusion contre laquelle les traités et les arrêts ne mettent point assez en garde, à mon avis. J'éviterai cet écueil peut-être en laissant de côté tout ce qui n'intéresse, à vrai dire, que l'action publique, le cumul des poursuites et des incriminations, pour m'occuper exclusivement du cumul des peines au regard des infractions de presse, et rien que du cumul des peines.

VII. — Il ne faut pas se le dissimuler au surplus : dans une telle étude, même ainsi réduite, il est encore difficile d'introduire une véritable clarté. La cause en est cette fois dans le vice originel de la théorie que le législateur s'est appropriée, et la diversité des lois qui en ont successivement modifié l'application.

VIII. — Quelle est cette théorie? Que vaut-elle? Quelles conséquences en devra-t-on tirer juridiquement? C'est le pre-

[1] La Cour de cassation (28 juin 1832, bull. 228) a consacré l'affirmative, mais en déclarant que dans ce cas il n'y avait lieu d'appliquer que la peine la plus forte.

[2] Même solution (Cassation, 20 juillet 1832, bull. 274). — *Contrà* (Cour de Lyon, 16 février 1832). Dans cette espèce, comme dans la précédente, il y a cumul de poursuites, aboutissant au non-cumul des peines.

Digitized by Google

mier point à examiner, et notre appréciation ne peut manquer d'être sévère pour une loi complexe, contradictoire dans ses parties, et reposant en définitive sur deux principes qui, tout contraires qu'ils soient, blessent également la raison, l'équité et les exigences de l'ordre social.

IX. — Lorsque deux infractions distinctes ont pour auteur un même agent, si l'une a précédé, l'autre suivi le jugement qui réprime la première, il va de soi qu'il y a dans ce cas deux condamnations encourues, deux peines à prononcer. Mais si toutes deux sont antérieures au jugement qui les frappe ensemble ou même divisément, que décider? Doit-on n'appliquer qu'une seule peine, la plus forte, par exemple, de toutes celles encourues, ou convient-il d'additionner toutes celles-ci et de les infliger cumulativement? De ces deux modes de répression la loi adopte expressément le premier pour les crimes et délits; la jurisprudence, au contraire, applique le second aux contraventions.

X. — Cependant le premier n'est ni juste ni rationnel, et l'on ne comprend point qu'une seule peine, même la plus forte, atteigne l'auteur de crimes ou délits géminés. N'est-il point, en effet, plus coupable que s'il avait commis une seule de ces infractions? Dans les deux cas pourtant, c'est la même peine que prononce la loi. Il y a de plus dans ce système un péril pour la société, puisque, la première infraction une fois commise, son auteur peut impunément commettre toutes celles qu'atteint une peine inférieure ou même égale. Ainsi un premier meurtre, un premier vol couvrent, aussi longtemps qu'ils n'ont pas été jugés, tous les meurtres, tous les vols postérieurs, et leur assurent l'impunité *légale*.

Le second système est-il plus juste? Croit-on même, à ne tenir compte que de l'utilité, de la nécessité de la répression, qu'il soit indispensable d'infliger au délinquant les peines additionnées de toutes les infractions qu'il a commises? Non. Ce cumul absolu n'est point juste, car, entre l'homme qui, dans l'intervalle des faits qu'on lui impute, n'a point reçu les avertissements de la justice et celui qui répond à chacun de ces avertissements par un délit nouveau, il y a une différence de perversité que la conscience atteste, et dont la loi refuse à tort de tenir compte. Il n'est même point nécessaire, au moins le plus souvent et dans l'état actuel de notre droit, parce que les

Digitized by Google

peines y sont graduées de telle sorte que, dans mainte circonstance, le total de celles que la loi commanderait d'additionner serait inexécutable ou dépasserait les besoins d'une sage répression. Et cela est vrai, non-seulement des crimes ou délits, mais même des contraventions ordinaires, si légèrement punies qu'elles soient.

De ces deux principes, l'un pèche donc par son insuffisance, l'autre par son exagération. Tous les deux, quoique en sens contraire, sont également vicieux, et cependant notre législation n'autorise aucun moyen terme entre les deux [1].

XI. — Qu'en conclure au point de vue de l'interprétation? C'est qu'en dépit de nos répugnances il convient d'adopter cette théorie à double face résolûment, avec ses défauts et ses risques; c'est qu'il faut bien se garder de dire : Soyons toujours pour le cumul des peines parce que l'impunité nous blesse, ou pour leur confusion parce que le cumul nous paraît excessif, puisque de ces deux maux on ne peut éviter l'un que pour tomber dans l'autre. C'est qu'enfin il faut renoncer à commenter la loi uniquement par ses conséquences, comme le fait M. Dalloz, pour s'en tenir à sa volonté manifestée, à ses dispositions écrites, si défectueuses qu'elles soient.

XII. — Ces dispositions, qui se sont successivement remplacées sans que jamais cependant la dernière abrogeât complétement toutes les précédentes, se trouvent dans l'article 365 du Code d'instruction criminelle et dans les lois de 1835, 1848 et 1850. — D'autres encore ont apporté à la règle générale des exceptions que nous signalerons peut-être en leur temps. Prenons chacune d'elles à son tour.

§ 1er. — *Article 365 du Code d'instruction criminelle.*

XIII. — Le second paragraphe de l'article 365 est ainsi conçu : « En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée. » Ce qui veut dire, de l'avis de tous les commentateurs, que la peine la plus forte

[1] C'est une conclusion que l'on peut considérer comme généralement acceptée en principe. (V. Bonneville, *Amélioration de la loi criminelle*, 2, ch. 13, p. 407 et suiv. — Ortolan, *Éléments de droit pénal*, p. 507 et suiv. — Nypels, *Annotations sur la théorie du Code pénal*, 1, 20. — Morin, *Journal de droit criminel*, art. 7984.)

Digitized by Google

suffit pour expier tous les crimes ou délits commis antérieurement à la condamnation qui la prononce.

XIV. — Ce principe s'étendait-il aux infractions de la presse, crimes, délits ou contraventions? Sans aucun doute, et l'on ne pourrait comprendre qu'il en fût autrement, — d'abord parce que cette règle était alors fondamentale dans notre droit, et que pour y déroger il eût fallu une exception écrite qui n'existait pas; — ensuite parce que l'article 31 de la loi du 26 mai 1819 disait formellement que toutes les dispositions du Code d'instruction criminelle auxquelles il n'était pas dérogé par cette loi continueraient d'être exécutées [1]. C'est à tort que M. Dalloz (v° *Presse*, n° 1018) paraît supposer que cette solution ait un instant fait difficulté. La jurisprudence était unanime sur ce point, et l'arrêt de cassation du 30 octobre 1835, que cite le *Répertoire* à l'appui de son assertion, maintient au contraire deux arrêts de Cours d'assises qui avaient consacré cette doctrine [2].

On ne distinguait même point alors entre les délits de presse proprement dits et les contraventions, et cela pour deux raisons essentielles : la première, que cette distinction n'avait point encore été relevée par la doctrine, autant du moins qu'on en peut juger par les textes judiciaires de cette époque, qui qualifiaient encore de délits ce qu'aujourd'hui nous appelons contraventions [3]; la seconde, que cette distinction eût-elle été déjà faite, il en aurait été des contraventions de presse comme de celles de droit commun, auxquelles une jurisprudence presque constante étendait alors les dispositions de l'article 365 du Code d'instruction criminelle.

XV. — Cependant les vices d'un tel système en matière de presse ne tardèrent pas à se faire sentir. C'était, nous l'avons dit plus haut, l'impunité acquise à toutes infractions commises après une première, mais avant le jugement qui frappait celle-ci d'une peine égale ou supérieure aux peines encourues par

[1] Parant, *Lois sur la presse*, p. 435.

[2] Cour d'assises de la Seine, 15 juillet 1835. — Cassation, 3 octobre 1835, bull. 384.

[3] C'est ainsi que l'arrêt de cassation du 1er septembre 1836, bull. 290, qualifiait de délit le fait d'annoncer une souscription contrairement à l'article 11 de la loi de septembre 1835, quoique cette infraction soit certainement de celles que la loi punit à raison de leur perpétration matérielle.

Digitized by Google

celle-là. Qu'arrivait-il en effet? Un témoin bien autorisé, M. Chassan, va nous le dire[1] : « Par suite de cette jurispru-« dence, il s'était établi depuis plusieurs années l'usage de « solliciter de nombreuses remises d'audience, en se laissant » enfin condamner par défaut, sauf, sur l'opposition, à gagner « encore le plus de temps possible avant le jugement définitif. « Il arrivait par là que les délits commis dans l'intervalle de « la poursuite au jugement définitif se trouvaient souvent ab-« sorbés par cette condamnation, si elle atteignait le maxi-mum... » Pourvoir à cet abus était donc devenu nécessaire : ce fut le but que se proposa le législateur de 1835.

§ 2. — *Loi du 12 septembre 1835.*

XVI. — Le § 2 de l'article 12 de cette loi était ainsi conçu : « Les peines prononcées par la présente loi, et par les précé-« dentes lois sur la presse ou autres moyens de publication, ne « se confondent point entre elles, et *seront toutes intégralement* « *subies*, lorsque les faits qui y donneront lieu *seront posté-« rieurs à la première poursuite.* »

Le projet de loi présenté par le gouvernement à cette époque allait beaucoup plus loin. Il portait que les peines successivement prononcées en cette matière ne se confondraient point entre elles et seraient toutes intégralement subies, sans distinction entre les faits qui précèdent ou suivent une première poursuite. C'était substituer au principe délétère de l'article 365 le principe radicalement contraire que nous avons critiqué déjà comme entaché d'une rigueur excessive. La Chambre des députés ne voulut point l'admettre, et vota, sur amendement, l'article 12, dont son rapporteur, M. Sauzet, justifiait ainsi les dispositions : « Nous n'avons point admis « d'une manière absolue le cumul des peines; quand un pré-« venu est poursuivi simultanément pour plusieurs délits, la « peine la plus forte lui est seule appliquée; il ne doit pas « perdre à l'action divisée du ministère public. Toutefois cette « raison cesse quand les nouveaux délits sont postérieurs à la « première poursuite. Elle doit servir d'avertissement salutaire, « et il ne faut pas que la certitude d'avoir mérité déjà toutes

[1] Chassan, 1, p. 189, n° 254. — Grattier, 2, p. 337, § 2.

Digitized by Google

« les sévérités de la juridiction pénale laisse jusqu'au juge-
« ment le prévenu sans frein et la société sans garantie [1]. »

XVII. — Ce tempérament donnait-il à la raison toutes les satisfactions qu'elle peut réclamer? Non; car, d'une part, l'auteur de toute infraction commise conserve encore un intérêt à la renouveler, tant que la poursuite n'a pas été intentée. D'autre part, le cumul des peines encourues pour infractions postérieures à une première poursuite peut encore aboutir à une peine, si considérable qu'elle soit, véritablement inutile et injuste. On ne peut nier cependant que dans l'état de notre droit pénal qui ne permet pas de graduer autrement les peines, ce ne fût là un progrès véritable; et le plus souvent il arrivera que le condamné, mis en demeure par un premier avertissement de la justice, ne devra s'en prendre qu'à lui-même des conséquences auxquelles il sera volontairement exposé.

XVIII. — Nous avons vu plus haut que le Code de 1808 n'établissait aucune distinction entre les délits et les contraventions au point de vue du cumul des peines, et que les infractions spéciales aussi bien que celles de droit commun bénéficiaient de ce principe. Le législateur de 1835 a-t-il de ce chef entendu innover et se montrer plus sévère que son prédécesseur à l'égard des infractions de la presse?

La Cour d'Agen le pensait en 1839, et le journal *l'Émancipation de l'Aude*, ayant publié six numéros sans en faire le dépôt au parquet, elle prononça contre l'imprimeur autant d'amendes qu'il y avait eu de contraventions à la loi de 1828. Mais l'arrêt fut cassé, et, depuis, la question n'a plus été soulevée [2]. Elle n'aurait point dû l'être en effet. Les termes de l'article 12 sont généraux et absolus; ils prescrivent la confusion de toutes les peines prononcées par des lois de presse, sans distinguer entre les délits et les contraventions. Or, où la loi ne distinguait point, le juge ne pouvait le faire davantage, et il y était d'autant moins autorisé à cette époque, qu'en droit commun la jurisprudence admettait encore l'assimilation des délits et des contraventions qu'elle a repoussée plus tard seulement.

Cette loi de 1835 n'est plus sans doute qu'un souvenir dans

[1] V. *Moniteur*, 19 août 1835, p. 1897.
[2] Cassation, 25 juillet 1839, bull. 242.

Digitized by Google

notre législation, mais ce n'est point un souvenir inutile. Nous le verrons plus loin.

§ 3. — *Décret du 6 mars 1848.*

XIX. — Ce fut le gouvernement de la République qui abolit la loi de 1835 par son décret du 6 mars 1848. L'article 12 relatif au cumul des peines disparaissant, quelle disposition allait régir l'application de ce principe aux matières de presse? Évidemment le droit commun. Il semble donc qu'à cet égard il devrait nous suffire de renvoyer à ce que nous avons dit plus haut de l'article 365 du Code d'instruction criminelle.

XX. — Mais depuis 1835 l'interprétation de cet article avait elle-même subi de graves modifications.

La jurisprudence qui étendait même aux contraventions de simple police le bénéfice de l'article 365 et le principe de la confusion des peines, avait, à la suite d'une lutte animée, complétement changé de face. Par un arrêt solennel, en date du 7 juin 1842, la Cour suprême ayant décidé que l'article 365 ne s'appliquait point aux contraventions, de quelque nature qu'elles fussent, cet arrêt semblait avoir fait loi, et le sens de celle-ci être désormais fixé. Dès lors, quand eut été rendu le décret de 1848, les contraventions de presse, retombant sous l'empire du droit commun, durent subir les conséquences de cette nouvelle interprétation et le cumul des peines encourues par chacune d'elles. C'est ce que reconnut la Cour de Paris en 1850. Le sieur Plon, imprimeur, ayant été condamné à une amende unique par le tribunal de la Seine pour trois contraventions à la loi du 21 octobre 1814, la Cour, par un arrêt en date du 24 juillet, réforma ce jugement et prononça contre l'imprimeur trois amendes distinctes, en constatant que chacune des contraventions devait être frappée d'une peine spéciale, sans qu'il fût possible de les confondre toutes ensemble [1].

XXI. — Ce résultat sans doute était bien imprévu pour le législateur qui n'avait voulu qu'assurer aux infractions de presse la plus grande somme d'impunité possible, et se trouvait, de fait, n'avoir réussi qu'à les placer sous un régime d'une rigueur encore inconnue. La conséquence pourtant était

[1] Paris, 24 juillet 1850; Dalloz, 51, 5, 390.

Digitized by Google

légale, et ne pouvait être niée. Elle survécut au pouvoir qui l'avait inaugurée, et nous l'allons retrouver, mais cette fois écrite, dans la loi des 15-23 juillet 1850 qui nous régit actuellement et qu'il est temps enfin d'aborder.

§ 4. — *Loi des* 15-23 juillet 1850.

XXII. — A cette époque encore si agitée de notre vie politique, les mêmes besoins, les mêmes périls qui avaient inspiré le législateur de 1835, contraignirent le pouvoir à redemander contre la presse les armes même que l'effervescence d'un moment lui avait enlevées. Ainsi reprit place dans la loi, et malgré bien des résistances, ce principe du cumul des peines qui serait moins attaqué s'il était moins nécessaire.

« Il n'est pas sans exemple, dit le rapporteur de 1850, « M. de Chasseloup-Laubat, que, dans la prévision d'une con- « damnation inévitable, les doctrines les plus subversives et « les plus mauvaises se soient, après une première pour- « suite et en attendant le jour de l'arrêt, produites avec « une violence qu'elles n'avaient point auparavant... Déclarer, « quel que soit le nombre des délits de presse, même de ceux « commis après la première poursuite, que le coupable ne doit « supporter qu'une seule amende lorsque ces délits ont été « compris dans un même arrêt de condamnation, c'est en réa- « lité déclarer l'impunité précisément lorsque les fautes ont « été les plus grandes, les plus nombreuses, les plus prémé- « ditées[1]. »

XXIII. — C'est à ce danger que répond l'article 9 de la loi de 1850, qui est ainsi conçu : « Les peines pécuniaires pro- « noncées pour crimes ou délits par les lois sur la presse et « autres moyens de publication ne se confondent point entre « elles et seront toutes intégralement subies lorsque les faits « qui y donneront lieu seront postérieurs à la première pour- « suite. »

Cette loi visiblement calquée sur celle de 1835 en diffère cependant par deux points essentiels qu'il importe de relever.

XXIV. — La loi de 1835 prescrivait le cumul des peines

[1] *Moniteur*, 30 juin, suppl., p. 2, et 11 juillet 1850, p. 2360. — V., dans la même séance, les déclarations de M. Rouher, alors ministre de la justice.

Digitized by Google

sans distinguer entre les peines corporelles ou pécuniaires. Celle de 1850 ne l'ordonne qu'au regard des peines pécuniaires. Donc les peines corporelles lui échappent. C'est juste, et la conséquence frappe tout le monde.

XXV. — Mais tandis que la loi de 1835, par la généralité même de ses termes, s'étendait à toutes les infractions de presse sans distinction, crimes, délits ou contraventions, ce qui pour les prévenus était un avantage, la loi de 1850, — elle-même le dit, — ne s'applique qu'aux peines prononcées *pour crimes ou délits*. Faut-il en conclure que les *contraventions* proprement dites lui échappent, et, restant sous l'empire du droit commun à toutes les contraventions, subissent, elles aussi, le principe du cumul absolu des peines?

XXVI. — Ainsi l'avait jugé d'abord la Cour de cassation, et d'abord aussi cette solution fut acceptée sans réserve par la jurisprudence et par la doctrine [1]. Mais depuis, l'opinion contraire a repris faveur, et, le nombre de ses adhérents croissant avec le succès, elle a fini par prévaloir [2]. C'est une opinion fausse cependant, et il importe de l'établir, car, en même temps qu'elle jette du trouble dans l'interprétation de la loi, elle crée, au profit d'infractions quelquefois dangereuses, une véritable impunité.

Ainsi ramenés à la question qu'au seuil même de ce travail nous signalions comme devant en être l'objet principal, montrons d'abord ce qu'il y a d'illogique et de vicieux dans la doctrine nouvelle acceptée par la Cour suprême. Il n'en sera que plus facile d'établir ensuite le véritable sens de la loi.

[1] V. dans ce sens : C. Paris, 24 juillet 1850; D., 51, 5, 390. — C. Rennes, 28 août 1850, cité par Rousset. — Cassation, 17 mai 1851, bull. 186 et 187; — 9 août 1851, bull. 235. — C. Riom, 25 mai 1851; D., 51, 1, 154. — C. Douai, 26 avril 1853; D., 53, 2, 153. — Carpentras, 24 mai 1855; D., 55, 1, 180. — Auxerre, 20 mai 1855. — C. Paris, 20 juillet 1855; M., *Journ. dr. crim.*, 1855, p. 239 et 270. — C. Paris, 6 mars 1858; D., 58, 2, 202. — C. Bordeaux, 9 mai 1860; D., 60, 1, 467. — Dalloz, 1851, 1, 154 et 201, notes. — Duboy, *Code manuel de la presse*, p. 87.

[2] V. dans ce sens : C. Rennes, 12 février 1851; D., 51, 1, 215. — C. Agen, 10 juillet 1851. — Cassation, 8 mai 1852, bull. 151. — Avignon, 28 mars 1855; D., 55, 1, 180. — Cassation, 26 juillet 1855, bull. 262. — Tonnerre, 22 janvier 1858; D., 58, 2, 201. — Cassation, 13 juillet 1860, bull. 158. — C. Amiens, 6 juillet 1861, *inédit*. — Seine, *Droit* du 22 juillet 1861. — Dalloz, v^is *Presse*, n° 526, et *Peine*, n° 160; — et 1858, 2, 201, notes.

Digitized by Google

XXVII. — Dans trois arrêts rendus en 1852, 1855, 1860, et conçus en termes presque identiques, la Cour, après avoir rappelé le principe de l'article 365 du Code d'instruction criminelle, qu'au cas de conviction de plusieurs crimes ou délits la peine la plus forte est seule prononcée, pose en thèse que l'application de ce principe doit s'étendre à toutes les infractions atteintes de peines criminelles ou correctionnelles qui n'en ont pas été formellement ou implicitement exceptées, soit par des dispositions du Code pénal ou des lois postérieures à sa promulgation, soit par le caractère de réparations civiles attaché aux amendes en matière fiscale. Puis elle affirme qu'aucune exception de ce genre ne se rencontre même dans la loi du 23 juillet 1850, et en conclut que, dans les espèces qui lui étaient soumises, il n'y a point lieu d'ordonner le cumul des peines encourues.

XXVIII. — De ces propositions aucune n'est juste.

Et d'abord est-il vrai que, sauf les exceptions qui confirment la règle, les dispositions de l'article 365 s'étendent à toutes les infractions atteintes de peines criminelles ou correctionnelles? — Non, et la Cour elle-même a, depuis comme avant, décidé le contraire en des matières que ne couvre aucun motif d'exception. Elle exclut en effet de ce bénéfice les infractions aux lois sur la garde nationale, sur la pêche, sur le port d'armes en Corse, sur l'exercice de la médecine et de la pharmacie, quoique ces lois prononcent des peines d'emprisonnement correctionnel qu'on ne peut prendre pour des réparations civiles, et qu'aucune d'elles ne contienne une dérogation même implicite au principe de la confusion des peines. Et pourquoi? Parce que, dit-elle, ces infractions existent par le fait matériel de leur perpétration, et ne peuvent être excusées par la bonne foi de leurs auteurs; qu'elles constituent dès lors des contraventions, et que l'article 365 n'est point applicable aux contraventions.

De deux choses l'une cependant : ou l'article 365 s'applique aux contraventions même correctionnelles, ou il ne s'y applique point. — S'il s'y applique, pourquoi la Cour en exclut-elle les infractions que nous venons de signaler? Dans le cas contraire, pourquoi l'applique-t-elle aux contraventions de presse?

La contradiction est formelle, et la Cour n'y pourrait échapper qu'en déclarant que les infractions matérielles aux lois de

Digitized by Google

la presse constituent des délits. Mais alors que devient sa jurisprudence en ce qui concerne l'application de l'article 463 du Code pénal à ces mêmes infractions? Comment soutenir qu'elles sont des contraventions au regard de cet article lorsqu'il s'agit de l'atténuation des peines, et des délits au regard de l'article 365 lorsqu'il s'agit du cumul? On comprend qu'on hésite sur l'interprétation de mots assez vagues par eux-mêmes, et l'on doit même admettre, tant la langue du droit est chez nous imparfaite, que le sens de ces mots puisse varier de matière à matière, suivant les points de vue. Mais en cette matière tout est identique : infractions, lois et textes.

XXIX. — La doctrine a relevé avec autant de vivacité que de raison cette étonnante contradiction [1].

M. Dalloz avait, lui aussi, longtemps et formellement professé que toute infraction matérielle même aux lois de la presse constitue une contravention, quelle que soit la peine encourue, et ne peut dès lors échapper au cumul des peines [2]. Plus tard, et lorsqu'au sujet des circonstances atténuantes cette définition a été de nouveau agitée, il s'est rangé à l'opinion contraire. Mais au moins a-t-il su éviter de se contredire lui-même, et qu'il s'agisse de cumul ou d'atténuation, cet auteur décide aujourd'hui que, dans les deux cas, le sens du mot *délit* comme celui du mot *contravention* reste toujours le même, celui que donne à chacun d'eux l'article 1er du Code pénal [3].

A-t-il raison? Je ne le crois pas. Historiquement d'abord, rien n'autorise, dans l'espèce, à conclure du Code pénal promulgué en 1810 et de ses définitions au Code d'instruction criminelle qui date de 1808. — Juridiquement, la classification de l'article 1er du Code pénal est toute d'ordre; elle n'a trait qu'à la compétence et n'affecte en rien le caractère moral des infractions. — Rationnellement enfin, quel motif y a-t-il de distinguer entre les infractions dont le caractère est purement

[1] Dalloz, 1858, 2, 201, notes 3, 4, 5

[2] Dalloz, 1851, 1, 154 et 201. — « Ce principe, disait-il, en note sur l'arrêt « de cassation du 17 mai 1851, est constant et souvent appliqué, notam- « ment en matière de contraventions aux lois sur la presse, lorsqu'elles ont « le caractère de contraventions. »

[3] Dalloz, 1853, 2, 153; 1858, 2, 201, notes 1 à 5; — et *Répertoire*, v° *Peines*, n° 160.

Digitized by Google

matériel, suivant qu'elles sont atteintes de peines correctionnelles ou de police? La Cour de cassation n'en articule aucun. Loin de là, personne n'a mieux démontré qu'elle, par ses premiers arrêts, comment et pourquoi il convient d'établir entre les délits et les contraventions la distinction que nous soutenons.

Depuis elle a changé d'avis. — A-t-elle réfuté ses premières raisons par des raisons meilleures? Non, comme nous l'allons voir : elle s'est contentée d'affirmer le contraire.

XXX. — Au surplus, le problème ici consiste moins à rechercher le sens absolu des mots *délit* et *contravention*, qui, de l'aveu de tout le monde et suivant la matière, comportent bien des acceptions différentes, qu'à fixer celui qu'ils tiennent de l'article 365 du Code d'instruction criminelle.

XXXI. — Or il n'est point douteux qu'originairement et dans l'intention du législateur la règle édictée par cet article ne fût applicable que dans les cas où les faits déférés à la Cour d'assises par un même acte d'accusation revêtaient à l'audience un caractère complexe et susceptible de recevoir plusieurs qualifications. M. le procureur général Dupin l'a démontré dans le réquisitoire qu'il prononça devant les chambres réunies de la Cour de cassation, en 1842 [1]. Cependant la jurisprudence pensa qu'il était bon d'étendre le principe à tous les délits, sans distinction. Elle le fit, et ce premier écart ayant reçu la sanction d'un usage constant et universel, il convient de l'accepter franchement. — Mais au regard de ce principe nouveau qu'était-ce qu'un délit? Ceux qui soutiennent aujourd'hui qu'il n'y a qu'un sens possible au mot *délit*, oublient que cependant et trop longtemps ce prétendu sens invariable varia des délits propres aux contraventions de police, presque autant de fois qu'il y eut de solutions provoquées. Il ne fallut rien moins que l'arrêt très-solennel de 1842 pour arrêter ces regrettables oscillations de la jurisprudence. Grâce à la ferme raison, à l'inaltérable bon sens de M. Dupin, la vraie doctrine prévalut, et les contraventions de police restèrent exclues du bénéfice de l'article 365 du Code d'instruction criminelle ainsi qu'elles devaient l'être. Pourquoi? C'est que « si on laisse « passer en principe qu'une seule condamnation à une seule

[1] V. *Journal du Palais*, 1848, p. 708, sur l'arrêt de 1842.

Digitized by Google

« peine suffit pour couvrir tout ce qui a précédé, le contreve-
« nant se sentira, non pas réprimé, mais protégé par cette
« condamnation ; et, une fois en procès avec l'administration,
« il emploiera avec activité son temps et les délais de la pro-
« cédure pour accumuler les contraventions, c'est-à-dire les
« bénéfices qu'elles lui procureront, avec la certitude qu'il n'en
« sera ni plus ni moins, et qu'une seule amende soldera tout,
« en lui procurant une absolution générale de tout le passé. »

Or ces raisons, déterminantes quant aux contraventions de police, le sont également et même à un plus haut degré quant aux contraventions correctionnelles. Les arrêts de 1851 le reconnaissent en termes explicites : « Attendu, y est-il dit, que « chaque prescription dans les lois a un but spécial et déter- « miné, et qu'une sanction pénale particulière est attachée à « chaque infraction prévue [1] ; — que frapper d'une seule peine

[1] M. Dalloz (1853, 2, 153, et *Répertoire*, v° *Peines*, 160) a combattu les motifs de l'arrêt en ces termes : « Est-ce que dans le Code pénal les dispo- « sitions qui atteignent des méfaits aussi divers n'ont pas chacune aussi « un but spécial et déterminé? Est-ce que la répression édictée contre « chaque crime ou délit n'a pas aussi un caractère particulier ? » Et cependant on n'en conclut point que le cumul des peines doive s'étendre aux crimes et délits!

La réponse est plus facile que ne paraît le supposer M. Dalloz. Si le cumul, en effet, n'est point applicable aux crimes et délits en vertu des principes posés par les arrêts de 1851, c'est que l'article 365 du Code d'instruction criminelle le prohibe expressément, tandis qu'il ne dit rien de semblable en ce qui concerne les contraventions. Que la disposition de cet article soit ou non défectueuse, elle est écrite et elle oblige. Si la contradiction existe, elle est dans la loi, non dans notre raisonnement. — Est-il bien sûr d'ailleurs qu'elle existe? On peut le contester. En matière de contraventions, chaque fait est puni d'une peine mesurée *à priori* sur l'importance qu'à tort ou à raison lui donne le législateur. En matière de délit, il n'y a point de mesure *à priori*, puisque l'admission des circonstances atténuantes permet toujours de modifier même la nature de la peine, ce qui provient de ce qu'à leur égard le caractère moral du fait tient autant de place dans la mesure de la peine que le mal ou danger qu'il peut occasionner. Je n'entends pas sans doute m'approprier ces considérations, puisque je suis de ceux qui pensent que la règle du cumul est dans tous les cas rationnelle et juste, qu'elle doit s'étendre à toutes les infractions et que l'avenir lui appartient, sauf organisation meilleure de notre droit pénal. Mais plus d'une grave autorité les a longtemps acceptées comme bonnes, en soutenant que la loi distinguait, quant au cumul, les délits des contraventions même correctionnelles. (V. en effet Dalloz sur les mêmes arrêts de 1851, 1851, 1, 154 et 215.)

Digitized by Google

« ou de la peine la plus forte un prévenu déclaré coupable de « plusieurs infractions, serait réduire à un moyen unique les « moyens multipliés de contrôle et de surveillance mis par la « loi à la disposition de l'administration et de la justice, en- « courager à la violation de toutes les précautions successives « du législateur, et aller directement contre le but des lois de « police qui sont essentiellement préventives [1]. » Et de fait, est-ce que les unes comme les autres ne sont pas des moyens de s'affranchir d'une obligation plus ou moins onéreuse et de se procurer des avantages illicites? Pour celles-ci comme pour

[1] Il semble que nos contradicteurs n'aient point entrevu ces raisons dont la moindre les eût certainement embarrassés, tandis qu'ils se donnent le plaisir assez facile d'en imaginer de fort légères pour les réfuter plus aisément. « Si l'on a pu admettre, dit M. Dalloz (1853, 2, 153, notes), « qu'en matière de simple police l'article 365 fût inapplicable, c'est parce « que l'on voyait peu d'inconvénients à laisser prononcer plusieurs fois une « peine qui, à raison de son importance minime, pouvait être considérée « comme un simple avertissement. Il n'en est point de même lorsqu'il s'agit « de peines correctionnelles toujours plus élevées. Autrement on arriverait « à ce résultat bizarre qu'il vaudrait mieux pour l'individu traduit devant « le tribunal correctionnel à raison de plusieurs infractions que ces infrac- « tions fussent au fond de véritables délits dont la perpétration accuse par « suite une intention perverse plutôt que des contraventions. » Il y a là, qu'on me permette de le dire, bien des erreurs. Même en matière de simple police, la peine est une peine, non un avertissement. Elle est minime parce que l'infraction est sans importance, mais si par le cumul on pouvait l'élever au delà du nécessaire, la raison en souffrirait autant que l'équité, et sur ce point, quoi qu'on dise, il y a parité complète entre les peines correctionnelles et celles de police, puisque toutes sont ou doivent être proportionnées, en vue de l'exemple et de l'expiation, à la gravité des faits qu'elles atteignent.

Maintenant qu'il vaille mieux pour le prévenu avoir commis des délits dont les peines puissent se confondre que des contraventions dont les peines doivent se cumuler, au point de vue utilitaire, c'est possible. Mais d'abord ce résultat, si bizarre qu'il soit, peut se produire même devant un tribunal de simple police, et je ne vois pas qu'il ait suffi pour y faire condamner le système du cumul. Ensuite il ne faut rien exagérer, ni dire qu'une telle interprétation soit immorale parce qu'elle crée une situation meilleure aux délits, c'est-à-dire à des faits qui accusent nécessairement une intention mauvaise. Tout le monde sait, en effet, que bien des faits qualifiés tels n'incriminent en rien la délicatesse de leur auteur, et M. Dalloz lui-même l'indique nettement dans sa note de 1858, 2, 201. Puis, tout cela fût-il vrai, qu'y faire? En accuser la loi? Je le veux bien. Demander qu'elle soit modifiée? On ne peut mieux. Mais la modifier nous-même par l'interprétation? C'est impossible.

Digitized by Google

celles-là il y a donc, la première infraction commise, intérêt à la renouveler le plus souvent possible jusqu'au jour du jugement. Mais tandis que les contraventions de police ne causent à l'ordre social qu'une lésion bien légère, celles que l'on qualifie de correctionnelles lui portent une atteinte plus grave, ainsi que l'indique la mesure même des peines infligées à chacune d'elles. Or c'est à celles-ci, les plus dangereuses, qu'on prétend réserver, à l'exclusion des autres, le bénéfice de cette impunité qu'on appelle la confusion des peines, et cela au nom de la raison et de l'équité!

XXXII. — En résumé, ou il n'y a point de contraventions atteintes de peines correctionnelles, ou il y en a. S'il n'y en a point, pourquoi, répétons-le, qualifier ainsi les infractions déjà signalées aux lois sur la garde nationale, la pêche, la médecine etc.? Pourquoi surtout appeler contraventions les infractions matérielles aux lois sur la presse, lorsqu'il s'agit de compétence ou de circonstances atténuantes? Et, s'il y en a, pourquoi les faire rentrer dans l'application de l'article 365 du Code d'instruction criminelle, contre le texte même de cet article et contre une jurisprudence constante fortifiée des solides raisons que rien, dans les nouveaux arrêts, n'a contredites jusqu'ici.

Concluons donc, et reconnaissons qu'il n'est point vrai que les dispositions de l'article 365 s'étendent à toutes les infractions atteintes de peines correctionnelles, et qu'à leur égard, il y a lieu de maintenir les distinctions que la jurisprudence a consacrées, et maintient en matière de circonstances atténuantes. C'était le premier point à démontrer. J'arrive au second.

XXXIII. — A supposer exacte la doctrine que je viens de combattre, est-il vrai, comme l'affirme la Cour de cassation, que la loi du 23 juillet 1850 ne contienne aucune dérogation même explicite aux dispositions ainsi entendues de l'article 365 du Code d'instruction criminelle?

Non, et j'en trouve la preuve surabondante dans le texte même de cette loi [1], dans sa discussion, dans ses commentaires officiels.

[1] J'écarte de la discussion l'article 24 de cette même loi, quoiqu'au premier abord il paraisse l'intéresser directement, puisqu'il ordonne le cumul des peines à l'égard des contraventions prévues par la loi de 1850. C'est

Digitized by Google

XXXIV. — Voyons d'abord le texte. L'article 9 dit : « Les « peines pécuniaires prononcées pour *crimes et délits*... » Des contraventions pas un mot. Est-ce sans dessein? Comment le croire? — La loi de 1835 qu'elle remplace portait seulement : « Les peines prononcées... » La différence saute aux yeux, et le législateur nouveau ne peut être le seul qu'elle n'eût point frappé.

Avant d'admettre le contraire, que n'étudie-t-on la question? On verrait que jamais décision ne fut plus évidemment prise en connaissance de cause.

Sous l'empire de l'article 365, nous le savons, une discussion très-vive s'était engagée sur la distinction qu'il convient d'établir entre les délits et les contraventions. Elle se renouvela en 1830, lorsqu'il s'agit de déférer au jury les délits de presse, et il fut alors nettement reconnu qu'il fallait distinguer les délits des contraventions, et réserver celles-ci aux tribunaux correctionnels [1]. Cette distinction a-t-elle été répudiée depuis? Oui, en 1835, et quoique le contraire ait été soutenu [2],

qu'il suffit d'en bien peser les termes pour voir qu'on n'y peut trouver un argument soit pour, soit contre la doctrine que je soutiens. — La loi n'y parle que des contraventions prévues par elle-même. De plus l'obscurité du texte est telle qu'on peut raisonnablement en limiter l'effet à ses dispositions purement fiscales. Donc on ne peut considérer cet article 24 comme décrétant ou impliquant le cumul, non-seulement en ce qui concerne les contraventions de presse en général, mais même à l'égard de celles prévues par la loi de 1850, lorsqu'elles ne donnent point ouverture à des réparations fiscales.

En sens contraire, on ne pourrait plus utilement soutenir que si le cumul était le droit commun de la matière, le législateur n'aurait pas eu besoin d'en faire ici l'objet d'une disposition spéciale. Il suffit en effet de lire attentivement les dispositions de l'article 24, comme celles analogues de l'article 4 de la loi de 1828, ou des articles 5, 11 et 20 du décret de 1852 pour en comprendre le caractère particulier. Ce qu'ils veulent, c'est infliger au délinquant autant d'amendes qu'il y a eu, non point seulement de contraventions, mais, si l'on peut ainsi parler, d'exemplaires de la ou des contraventions, — ce que j'appelle plus haut le cumul des incriminations. Était-ce possible sans le dire expressément? Non, car c'est le contraire de ce qui se pratique habituellement. Donc il fallait une disposition formelle pour l'ordonner; donc la spécialité de cette disposition ne contredit pas plus qu'elle ne prouve d'ailleurs l'existence du principe général en discussion.

[1] V. cette discussion au *Moniteur* de 1830, et Duvergier, *Collection des lois*, 1848, p. 401, note 3.

[2] C. d'Agen, 29 mai 1839, cassée par arrêt du 25 juillet suivant, bull. 242.

Digitized by Google

— sans doute parce que, dans la discussion de la loi, rien n'atteste que le législateur ait voulu assimiler les délits et les contraventions; — cependant il convenait de s'incliner devant les termes on ne peut plus formels de cette loi. Mais voici que ce texte si clair, le législateur de 1850 le modifie et qu'à ces mots : « les *peines* prononcées... » il substitue ceux-ci : « les peines prononcées pour *crimes et délits...* »

Prétendra-t-on qu'il n'a voulu que faire revivre et maintenir en entier le principe posé dans la loi de 1835? Mais alors il en aurait conservé les termes qui ne souffrent point de discussion. Supposez-lui en effet cette intention, et admettez qu'il ait voulu exclure les contraventions : pouvait-il employer une formule autre que celle dont précisément il s'est servi en 1835? N'est-ce point la même que celle dont se sert l'article 365 du Code d'instruction criminelle? Et celle-ci n'exclue-t-elle pas les contraventions? La même que reproduit la loi de 1848 sur les clubs dont le sens restrictif n'a jamais été contesté [1]? On ne soutiendra pas, je pense, que les différences de textes qui existent entre les lois de 1835 et de 1850 sont le fait du hasard, de l'irréflexion, d'un défaut de comparaison entre ces deux lois. La seconde est, sauf les différences signalées, calquée sur la première, et le rapprochement de toutes les deux a fait le fond de la discussion législative. C'est donc de propos bien délibéré et très-volontairement qu'a été proposée et acceptée la rédaction nouvelle de 1850.

Comment en effet admettre le contraire? En 1848, lors de la discussion de la loi sur les clubs, cette distinction des délits et des contraventions, déjà reconnue en 1830, avait été de nouveau solennellement posée et résolue dans le sens qu'on affecte aujourd'hui encore de regarder comme douteux. — En 1850, pendant les débats auxquels donna lieu la disposition même qui nous occupe, MM. Canet, de Crouseilhes et Jules Favre rappelèrent à l'Assemblée législative, chacun à son point de vue, les précédents de cette classification si controversée [2]. — De leur côté, MM. de Chasseloup-Laubat, rapporteur de la loi, et Rouher, ministre de la justice, pour justifier la nécessité de la mesure qu'ils proposaient, affirmèrent à plusieurs reprises

[1] Décret du 28 juillet 1848, art. 16. — Duvergier, 1848, p. 402, note 3.

[2] *Moniteur*, 30 juin 1850, suppl., p. 2, rapport; — 11 juillet 1850, p. 2360 et 2361; discussion.

Digitized by Google

qu'elle était indispensable au regard des délits de presse, « *poursuivis devant le jury, justiciables des Cours d'assises*[1]. » La situation était donc bien nettement dessinée. Chacun savait qu'entre les délits et les contraventions il y a une distinction possible, et que l'article 9 en discussion ne devait s'appliquer qu'aux délits, c'est-à-dire aux infractions justiciables alors de la Cour d'assises, et non à celles retenues par la juridiction correctionnelle. Chacun pouvait même savoir qu'au moment où la discussion s'engageait, la Cour de Paris, dans une affaire qui eut alors quelque retentissement, venait d'appliquer à des contraventions de presse ce principe du cumul qu'avait remis en vigueur l'abrogation des lois de 1835[2]. Chacun donc était mis en demeure de se prononcer sur la rédaction nouvelle, et de la rejeter comme l'avait fait le législateur de 1835, ou de l'admettre avec le projet de loi développé, commenté par le gouvernement et la commission. Eh bien! telle la loi était proposée, telle elle fut acceptée, sans que personne songeât même à réclamer en faveur des contraventions de presse une assimilation que rendaient par avance impossible les précédents de la loi de 1848 sur les clubs. Je me trompe, ou jamais adhésion plus énergique ne ressortit avec plus d'évidence du silence même du législateur.

XXXV. — Ainsi le crut d'abord la Cour de cassation elle-même[3]. Ainsi le crurent deux graves autorités, ce semble, deux ministres de la justice : l'un, M. Rouher, qui, le 27 mai 1851, dans une circulaire adressée aux parquets, signalait les décisions récentes de la Cour suprême sur ce point « comme « devant leur servir de règle[4]; » l'autre, M. Abbatucci, qui, le 27 mars 1852, rappelait aux magistrats, par la même voie, que l'article 9 de la loi de 1850 n'était pas abrogé par le décret de 1852, et qu'il subsistait au regard « des *crimes et délits* « commis par la voie de la presse, *indépendamment des dispo-* « *sitions spéciales en matière de contraventions*[5]. » Or de ces deux hommes d'État éminents, tous les deux anciens juris-

[1] V. *Moniteur*, 11 juillet 1850, p. 2361.
[2] Affaire Plon, 24 juillet 1850; D., 51, 5, 390.
[3] V. ses arrêts de 1851, cités plus haut.
[4] Cette circulaire existe dans les parquets, mais ne paraît pas avoir été publiée.
[5] V. Dalloz, 52, 3, 13.

Digitized by Google

consultes, l'un avait présenté lui-même à l'Assemblée législative la loi de 1850; l'autre avait concouru à la confection du décret de 1852. Si leur parole n'est pas la loi elle-même, il s'en faut de peu, ce semble, car qui peut mieux connaître l'esprit, la volonté, le but d'une loi que celui qui l'a faite ou qui l'a modifiée? Et lorsque ces voix officielles viennent attester qu'elles n'ont eu en vue que les crimes et délits justiciables des Cours d'assises, ce qui exclut nécessairement les contraventions même correctionnelles, lorsque l'intention du législateur se manifeste par des expressions aussi claires que celles de la loi de 1850 : « *les peines prononcées pour crimes et délits...,* » qu'il substitue volontairement, et de l'assentiment de tous, au texte plus large de la loi de 1835 : « *les peines prononcées...,* » on décide qu'il n'y a point là dérogation explicite ou même implicite au principe du cumul tel qu'il est, ou plutôt tel que, tardivement et pour le besoin de la cause, on le dit posé par le Code d'instruction criminelle! C'est à se demander si l'évidence est un mythe ou une réalité.

XXXVI. — C'est à se demander même si les arrêts de 1852, 1855, 1860 se sont préoccupés de la loi du 23 juillet 1850, et spécialement de son article 9, siége unique de la difficulté, que bien à tort on place dans l'article 365 qu'il a supplanté. Les deux premiers arrêts n'accordent même pas à cette loi l'honneur d'un rappel; le troisième ne la mentionne, sans viser d'ailleurs son article 9, que pour affirmer, partiellement au moins, le contraire de ce qu'elle exprime en termes aussi clairs que précis. Ne déroge-t-elle point, en effet, aux prescriptions de l'article 365 qui, dans ce nouveau système, proscrirait le cumul de toutes les peines correctionnelles sans distinction, tandis qu'elle l'autorise pour les peines pécuniaires, lorsque les faits qui les motivent sont postérieurs à une première poursuite? Et cependant parmi nos contradicteurs, c'est à qui paraît s'en être le moins aperçu. Qu'on les lise : tous discutent l'article 365, et se taisent de l'article 9, comme s'il n'existait point et ne s'imposait point, dans des limites il est vrai plus restreintes, à la doctrine que nous combattons comme à la nôtre. A moins que, par une confusion de mots et de principes dont il y a peu d'exemples, on n'aille jusqu'à soutenir que, lorsqu'il s'agit du cumul des peines, les infractions matérielles de la presse doivent être considérées tantôt comme des

Digitized by Google

délits et tantôt comme des contraventions pour bénéficier tout à la fois des dispositions même contradictoires des deux articles : *délits* au regard de l'article 365, parce que s'il prescrit le cumul pour les contraventions il autorise la confusion pour les délits; — *contraventions* au regard de l'article 9, parce qu'il cumule les peines pécuniaires applicables aux délits dans certains cas, et que, malgré l'identité des termes, la doctrine nouvelle refuserait d'en étendre les dispositions comme celles de l'article 365 aux contraventions punies des peines correctionnelles. Et c'est pour arriver à un semblable résultat qu'il a fallu inventer une théorie toute nouvelle, qu'on le remarque bien, de l'article 365 du Code d'instruction criminelle! Qu'en avait-on besoin? En matière de presse, l'article 9 de la loi de 1850 avait pris la place de cet article 365. Que ne discutait-on dès lors sur cet article 9? On ne l'a pas fait parce que sur ce terrain la discussion n'était point soutenable, comme le démontre l'historique de la loi, et l'on s'est rejeté sur l'article 365, au risque de troubler, même en d'autres matières, une jurisprudence sanctionnée par le temps et par la raison. A quelles conséquences n'entraînent point ce désir immodéré, cette préoccupation exclusive qui dominent certains esprits, les plus généreux peut-être, d'effacer d'une loi qui les blesse ses conséquences trop rigoureuses par des interprétations manifestement erronées et contradictoires? Mauvaise méthode, dont le premier résultat est de perpétuer ces mêmes lois qu'on réformerait peut-être si tout le monde s'accordait à en reconnaître la dangereuse rigueur, et qu'on maintient précisément parce qu'elle est niée par quelques-uns!

XXXVII. — Quant à moi, qui trouve en cette matière et au point de vue rationnel tout principe absolu mauvais, aussi bien celui du cumul des peines que la jurisprudence applique aux contraventions que celui de la confusion décrété par la loi en faveur des crimes et délits, je me suis proposé, comme but unique de mes recherches, non point de savoir comment on peut tourner une loi qui blesse et la violer sans trop en avoir l'air, mais bien comment et quand il convient d'appliquer ces principes qui, pour n'être pas les miens, n'en sont pas moins ceux de la loi que nous avons charge d'étudier et d'apprécier.

XXXVIII. — C'est ainsi que successivement j'ai dû reconnaître : 1° que les infractions matérielles de la presse n'étant

Digitized by Google

point d'une autre nature que celles de droit commun, les mêmes règles leur étaient applicables comme le même nom, et que toutes échappaient au même titre et par les mêmes raisons au bénéfice du principe consacré par l'article 365 du Code d'instruction criminelle; 2° que cette solution trouvait sa confirmation dans la loi du 23 juillet 1850, 3° et qu'enfin si, contre toute raison, il fallait considérer ces infractions comme des délits, à ce titre au moins elles relevaient, non de l'article 365 qui ne régit plus les délits de presse, mais de l'article 9 de cette loi de 1850 qui prescrit le cumul des peines pécuniaires applicables à toutes les infractions postérieures à une première poursuite. AMB. VENTE.

ÉTUDE SUR LE DROIT DE SUCCESSION.

DE CEUX QUI PROFITENT DE LA SAISINE ET DE CEUX QUI NE PEUVENT EN INVOQUER LES BÉNÉFICES.

Par M. A. HUREAUX, juge au tribunal de Charleville (Ardennes).

CINQUIÈME ET DERNIER ARTICLE [1].

§ 5.

Des effets de l'indignité prononcée.

127. *Méthode.* — Nous avons vu précédemment quelles sont les causes de l'indignité, quelles sont les personnes qui ont intérêt et action pour la faire prononcer, et quels sont les tribunaux compétents pour en connaître, nous avons maintenant à rechercher quels sont les effets de cet événement juridique.

Il paraît rationnel de diviser cette matière en trois articles et d'examiner les conséquences du jugement qui prononce l'exclusion :

1° A l'égard des parties de l'instance;
2° A l'égard des enfants de l'indigne;
3° Et à l'égard des tiers, c'est-à-dire du public.

[1] V. t. XXV, p. 337.

Digitized by Google

ARTICLE Ier.

Des effets de l'indignité à l'égard des parties au jugement.

SOMMAIRE.

128. Méthode et division de la matière à traiter.
129. A. De la restitution des biens de la succession.
130. Elle se fait contre un curateur au cas de l'article 1166, quand le successible appelé à défaut de l'indigne n'est pas partie dans l'instance.
131. L'action en indignité est divisible.
132. B. De la restitution des fruits.
133. Suite.
134. Suite.
135. Suite.
136. Doit-il l'intérêt des sommes qu'il n'a pas employées?
137. Il ne doit pas les intérêts des fruits naturels ou civils qu'il a encaissés.
138. L'action en restitution des fruits dure trente ans.
139. C. De l'effet de l'exclusion sur la confusion.
140. Suite et conclusion.

128. *Méthode.* — Nous subdiviserons cet article en traitant :

1° De la restitution des biens héréditaires;

2° De la restitution des fruits;

3° Et des conséquences de l'indignité prononcée sur la confusion.

129. A. *De la restitution des biens héréditaires* (Code Nap., art. 729).

La loi (art. 727) déclare le coupable *indigne de succéder.* Il est, par conséquent, exclu de l'hérédité. Sa saisine est rescindée; il en est déchu à titre de peine, d'où il suit qu'il doit être considéré, au moins dans ses rapports avec les successibles appelés à son défaut, comme n'ayant jamais succédé au défunt.

Concluons de là qu'il doit remettre, *en nature*; les biens qu'il a recueillis, s'il les possède encore ou s'il les a aliénés, le prix des ventes qu'il a pu faire ou les créances qui en proviennent.

130. *Quid juris* si l'action d'indignité a été exercée par les créanciers de l'un des successibles appelés à défaut de l'indigne, et si le successible ne concourt pas lui-même au jugement, sans cependant vouloir renoncer au droit qui lui appartient?...

Ce serait le cas de nommer un curateur aux biens que l'indigne serait condamné à délaisser. La vente se poursuivra sur ce curateur au profit des créanciers demandeurs et interve-

Digitized by Google

nants. Mais s'il reste quelque chose, ce qui restera appartiendra à l'indigne; car sa saisine n'est rescindée que jusqu'à concurrence de leurs créances. Le *statu quo* est maintenu, au moins provisoirement, pour le surplus (C. Nap., art. 788, 2174).

Ce que l'indigne a de mieux à faire, en pareille circonstance, c'est de se hâter de payer les créanciers qui, du chef de l'héritier appelé à son défaut, le poursuivent comme exerçant les actions de leur débiteur, si, toutefois, l'importance de leurs créances n'excède pas la part afférente à ce dernier.

131. Nous avons vu précédemment [1] que l'action en indignité est susceptible de division, et que, par conséquent, la saisine est maintenue avec toutes ses conséquences à l'égard des héritiers qui ne demandent pas l'exclusion de l'indigne [2].

La saisine héréditaire est divisible, en ce sens qu'il y a autant de saisines que d'héritiers saisis, au moment du décès. Dans la matière que nous traitons, l'indigne est saisi *resolubiliter*, et les successibles appelés à son défaut, le sont sous la condition suspensive, *s'il est exclu*. Chacun d'eux n'est ainsi saisi que pour sa part et portion héréditaire. Lors donc qu'un seul d'entre eux vient revendiquer *sa saisine* comprise dans celle de l'indigne, en accomplissant l'événement résolutoire à l'égard de ce dernier, il n'ébranle la saisine qu'il attaque que jusqu'à concurrence de sa propre saisine. L'indigne reste par conséquent saisi de tout ce qu'on ne lui enlève pas.

Mais il est bien entendu que si tous les successibles appelés éventuellement agissent de concert pour faire prononcer l'indignité, l'exclu doit être privé de tout ce qu'il a acquis *ex hæreditariâ causâ*.

132. B. *De la restitution des fruits.* — Suivant l'article 729 du Code Napoléon, l'obligation de restituer s'étend même aux fruits et aux revenus des biens perçus par l'indigne. Tout ce qui vient de l'hérédité, *jure hæredis*, doit être remis aux héritiers, désormais les seuls légitimes, puisque l'indigne déclaré tel est, dans ses rapports avec eux, considéré comme n'ayant jamais été saisi.

Sa position est celle d'un possesseur de mauvaise foi, *possessor pro possessore*.

[1] *Supra*, n° 109.

[2] Cass., 14 décembre 1813. — Vazeille, art. 72, n° 16.

Digitized by Google

Bien plus, la loi, usant à son égard d'une rigoureuse justice, le contraint à restituer les fruits perçus depuis l'ouverture de la succession, c'est-à-dire à partir d'une époque où il a pu ignorer le meurtre qu'il a connu ensuite, mais qu'il n'a pas dénoncé, quand il devait le faire (art. 737-3°). Sous ce rapport, il est traité plus sévèrement que le possesseur de mauvaise foi ordinaire, qui ne doit restituer les fruits qu'à partir du moment où sa bonne foi a cessé. Mais ici, rien n'empêchait l'héritier exclu de s'affranchir de l'obligation mise à sa charge, et s'il ne l'a pas fait, c'est qu'il a eu un motif blâmable pour se taire. Il doit donc être, sous le rapport des restitutions de jouissances, réputé avoir accepté les conséquences légales de son silence. La loi l'avertit. C'est à lui à éviter la peine, en dénonçant le meurtre dès qu'il parvient à sa connaissance. *Et rectè*[1]!

133. Que doit-on entendre par ces expressions de l'article 729 : « *Tous les fruits et les revenus dont il a eu la jouis-* « *sance depuis l'ouverture de la succession ?* »

Il faut entendre par là les fruits naturels et civils qu'il a perçus ou reçus, *medio tempore*, et qui proviennent des biens héréditaires.

Ainsi il doit restituer *les fruits naturels*, c'est-à-dire ceux récoltés par lui sur les immeubles provenant du défunt.

Lorsqu'il ne les a pas consommés, il en fait la restitution en nature. Mais il est bien entendu que s'il ne doit pas faire de lucre, ses adversaires ne doivent pas non plus s'enrichir à ses dépens. Ils auront donc à lui tenir compte des frais de labours et semences.

Voilà pour le cas de la restitution *en nature*.

Si les fruits ont été consommés, il en doit la valeur qui est appréciée par le juge.

[1] M. Boileux (art. 729 *in notâ*) et Marcadé (même art., n° 2) critiquent cependant les rédacteurs du Code à cet égard. Ils trouvent la disposition de la loi trop rigoureuse, et ils la restreignent aux deux premiers cas d'indignité de l'article 727. Mais cette restriction nous semble purement arbitraire. Lorsque Dumoulin disait que c'était un devoir imposé par Dieu que celui de faire tuer le malfaiteur (*ministrum dei qui malifactorem curat occidi*), il n'aurait certes pas trouvé *trop sévère* la disposition de l'article 729 du Code Napoléon, s'il avait eu à l'interpréter. Avec une société aussi bouleversée que l'a été la nôtre, par les démolisseurs du XVIII° siècle, sous le rapport moral, il est parfois nécessaire que le *gladium* du législateur se fasse sentir utilement.

Digitized by Google

Il restitue également *les fruits civils*, c'est-à-dire les fermages et les loyers lorsqu'il les a reçus, ou bien il les porte en compte, s'ils sont encore dus.

134. *Quid* si la succession ne se composait que d'une maison que l'indigne a habitée, *medio tempore?*... Doit-il tenir compte du loyer de sa jouissance?...

Oui! car le possesseur de mauvaise foi ne doit faire aucun lucre [1]. Il est vrai de dire qu'il a eu la jouissance du revenu de la maison, et qu'il s'est enrichi en ne prenant pas sur ses propres biens, la somme nécessaire à son logement.

135. Mais ne doit-il pas quelque chose de plus?...

Je le pense, parce que, dans l'estimation des fruits que doit restituer le possesseur de mauvaise foi, il faut, en général, ne pas tant considérer ce qu'il a perçu et même ce qu'il eût pu percevoir, que ce que le légitime propriétaire lui-même aurait pu percevoir s'il avait été en possession de l'immeuble [2].

Il y aura donc lieu, dans l'espèce, d'estimer *honnêtement* la valeur locative de la maison et de porter cette valeur au passif de l'indigne [3].

136. Doit-il tenir compte de l'intérêt des sommes provenant de l'hérédité, et qu'il a reçues, *medio tempore*, soit qu'il les ait ou non *placées?*...

C'est une question débattue sous le Code Napoléon. Tout le monde convient que l'indigne doit être traité comme un possesseur de mauvaise foi; mais cela ne tranche pas la difficulté. La question n'est que déplacée [4]. Il faut donc rechercher si le possesseur de mauvaise foi doit les intérêts des sommes qu'il a reçues pour le temps antérieur à la *litis contestatio*, en matière d'indignité, *ante controversiam bonorum motam cum fisco* : ce qui se traduit chez nous par le point de savoir si l'indigne doit les intérêts *de plein droit* ou seulement à partir *de la demande*.

Or les textes du droit romain règlent différemment les fruits

[1] L. 28, ff., *De petit. hæred.*

[2] L. 62, ff., *De rei vindicat.*

[3] Tout ce qui touche aux améliorations et aux dégradations faites par l'indigne sur les biens héréditaires, est traité dans le chapitre de la pétition d'hérédité. Nous n'en parlons pas ici, pour éviter des redites inutiles.

[4] (L. 1, Cod., *De his quib. ut indign.*) Les savants annotateurs de Zachariæ (§ 594, note 4) ont relevé avec raison une erreur de M. Duranton sur le sens de ce texte.

Digitized by Google

(*fructus*) et les intérêts (*usuras*). Les fruits sont le produit naturel des biens héréditaires. Les intérêts ne sont que le produit d'une disposition de la loi (*ex lege*) ou d'une stipulation (*ex stipulatione*). De là plusieurs différences dont l'une est que le possesseur de mauvaise foi est tenu des fruits perçus et même de ceux qu'il a négligé de percevoir, tandis qu'il n'est pas tenu des intérêts qu'il eût pu percevoir, mais seulement de ceux qu'il a perçus. Ainsi, chez nos maîtres en législation, il fallait distinguer les fruits naturels des fruits civils; l'indigne devait, au compte de la confiscation au profit du fisc, faire état des fruits naturels, à quelque époque qu'il les eût perçus, tandis qu'il ne devait les fruits civils qu'à partir de la *controversia bonorum cum fisco* [1].

Cette distinction n'a pas été admise en France, et Domat décidait, malgré les lois romaines, « que l'indigne qui avait « joui de quelque bien de l'hérédité devait en rendre tous les « fruits et autres revenus de tout le temps de sa jouissance, et « aussi les intérêts des deniers qu'il pourrait avoir reçus, soit « des débiteurs de la succession, ou de la vente de quelques « immeubles, ou *pour d'autres causes*. Car, ajoutait ce savant « maître, il est au rang du possesseur de mauvaise foi, *même* « *avant la demande* [2]. »

Tels sont les principes qui ont été adoptés par les rédacteurs de nos Codes. Le possesseur de mauvaise foi y est toujours en demeure *de plano*, par cela seul qu'il a reçu la chose de mauvaise foi : ce qui est bien. Ainsi il rentre dans l'exception de l'article 1378, combiné avec la disposition finale de l'article 1153 [3].

[1] V. à cet égard L. 28, ff., *De petit. hæredit.*; L. 62, ff., *De rei vindicat.*, et Cujas, *Quest. de Papinien* sur cette dernière loi. Les textes conservent des traces obscures d'une autre théorie plus ancienne, dont Tribonnien n'a pas tenu compte.

[2] Domat, *Lois civiles, des Successions*; L. 1, tit. 1, sect. 3, n° 13, et comparez art. 729 du Code Napoléon, qui a été copié dans ce passage.

[3] *Junge* Merlin, *Répert.*, v° *Indignité*, n° 15. — Delvincourt, t. II, note sur la page 26, n° 10. — Chabot, art. 729. — Zachariæ, § 308, 1° et note 5. — Vazeille, art. 729, n° 1. — Boileux, même article. — Duranton, t. VI, n° 123. — Marcadé, art. 729.

V. pourtant Toullier, t. IV, n° 114. — Belost, Joliment sur Chabot, art. 729, obs. 1. — Malpel, n° 56. — Dalloz, *Success.*, p. 277. — Demolombe, n° 307.

Digitized by Google

137. On pourrait même soutenir, par argument de l'article 1378 du Code Napoléon, qu'il doit, de plus, faire état de l'intérêt des sommes provenant des fruits par lui vendus et des fruits civils qu'il a reçus, à partir de l'encaissement; car le prix des fruits réalisés, les fruits civils et les intérêts perçus par l'indigne, dans le temps intermédiaire, paraissent perdre leur caractère primitif en tombant dans sa caisse de comptabilité, et constituer un nouveau capital dont il semble devoir les intérêts, puisqu'au fond des choses il les a reçus de mauvaise foi (C. Nap., art. 1378). C'était en effet l'opinion de Papinien, qui décidait que le *possessor pro possessore* devait restituer le prix des fruits par lui perçus et vendus avant la *controversia bonorum*, AVEC LES INTÉRÊTS (*cum usuris*), à moins..., à moins... qu'il n'eût consommé les fruits pour son usage personnel : auquel cas, le jurisconsulte pensait qu'il n'en devait restituer que la valeur, *sans intérêts : quod si fructus in usu habuit, eorum prætia tantùm restitui, satis est*[1]. Mais cette manière de voir, fondée sur une délicatesse d'analyse poussée au delà des justes bornes, parut trop rigoureuse à l'empereur Sévère lui-même, qui décida que *le fidéi-commissaire tacite*[2] ne remettrait au fisc que la valeur des fruits, *sans intérêts*. Cette décision a prévalu dans l'usage, et je pense qu'elle doit encore être suivie aujourd'hui.

En effet, chez nous, les intérêts ne courent, *de plein droit*, qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi, et nulle part le Code Napoléon n'oblige le possesseur de mauvaise foi à tenir compte, au moment de la restitution, de l'intérêt des fruits naturels ou civils qu'il a pu vendre ou recevoir. Ce serait donc aller trop loin que d'exiger qu'il en fît état. Il n'est plus rigoureusement vrai de dire, sous l'empire de nos lois actuelles, que le possesseur de mauvaise foi ne peut tirer aucune espèce de lucre *à l'occasion* de son indue possession des choses héréditaires. Nous aurons lieu de voir, quand nous nous occuperons des moyens sanctionnateurs du droit de succession et notamment de la pétition d'hérédité, qu'il est généralement traité avec

[1] V. L. 62, ff., *De rei vindicat.*

[2] C'est-à-dire celui qui s'était chargé frauduleusement de remettre contre les prescriptions de la loi, l'hérédité à un incapable. Il était traité comme un *possessor pro possessore*. V. L. 20, § 15, ff., *De petit. hæred.* — V. à cet égard Duranton, t. VI, n° 123. — Zachariæ, § 594.

Digitized by Google

moins de rigueur, en droit français, qu'il ne l'était en droit romain[1].

138. L'action en restitution des jouissances s'éteint avec l'action en pétition d'hérédité, c'est-à-dire par trente ans à partir du décès. L'indigne ne serait pas reçu à invoquer la prescription quinquennale. Car il ne s'agit pas ici de sommes payables par années ou à des termes périodiques plus courts[2].

139. C. *Des effets du jugement d'indignité sur la confusion.*

L'indignité rescindant la saisine, il est clair que l'indigne déclaré tel cesse d'être héritier *activement* et *passivement;*

D'où il suit :

1° Que les créanciers de la succession n'ont plus à exercer d'actions contre lui pour le payement de leurs créances[3];

2° Que ceux qui l'ont fait exclure et qui profitent de l'hérédité à sa place, doivent le tenir *indemne* des dépenses légitimes qu'il a pu faire pour le compte de la succession. Il est évident qu'il ne leur est pas permis de s'enrichir à ses dépens;

3° Et que la confusion (*cum fusio*) qui s'est opérée dans sa personne au moment de l'ouverture, cesse avec sa cause, c'est-à-dire avec la saisine. *Cessante causâ, cessat effectus.*

140. *En droit romain*, il n'en était pas de même. Les stoïciens des IIe et IIIe siècles n'admettaient pas que les droits éteints par la confusion pussent revivre après l'exclusion de l'indigne.

Cette décision de Papinien écrite dans la loi 18, § 1 de notre titre, nous paraît très-remarquable.

Ainsi, l'indigne n'était pas restitué contre les conséquences de la confusion qui s'était opérée, *in ipso articulo adeundæ hæreditatis*, de sorte que si l'héritier exclu plus tard avait contre le défunt une créance personnelle, et même des servitudes, ces droits étaient définitivement perdus pour lui.

C'est aussi ce que dit Modestin : *indigno hærede pronunciato ademptâ hæreditate, confusas obligationes restitui* NON *oportet.*

Il y a même, ajoute Ulpien, un rescrit impérial d'après lequel les droits de créances éteints par la confusion *ne revi-*

[1] L. 20, § 15, ff., *De petit. hæred.*
[2] Art. 2277 du Code Napoléon.
[3] Art. 724 du Code Napoléon.

Digitized by Google

vent pas. Imperator rescripsit obligationes confusas non ressuscitari [1].

Cette législation empreinte d'une dureté excessive, et qui était la conséquence du principe d'après lequel l'indigne restait héritier (*hæres nomine sed non re*), n'a pas été admise en France. Il est, en effet, conforme à la raison et à la justice que l'indigne ne soit pas privé de ses biens propres, mais seulement des biens de la succession. Nous devons donc tenir pour constant qu'en matière de confusion *ce qui ne dure pas n'est pas censé arrivé;* d'où il suit que la confusion n'est une cause extinctive des obligations qu'autant que l'événement qui y donne lieu continue d'exister. Or ici la saisine étant rescindée par l'effet du jugement qui prononce l'indignité, il est clair que la base de la confusion s'évanouit, et que, par conséquent, la séparation des patrimoines doit s'opérer de manière que l'héritier exclu rentre dans tous ses droits antérieurs à la saisine, et soit remis dans la position qu'il occupait au moment de l'ouverture de la succession [2].

Concluons de là :

1° Que s'il est créancier de la succession, il peut porter sa créance à l'avoir de son compte de restitution, ou s'en faire payer par ceux qui l'auront exclu, suivant leurs parts héréditaires;

2° Que les servitudes et hypothèques renaissent à son profit...; qu'en un mot il rentre dans l'intégralité de ses droits, momentanément confondus par suite de la saisine rescindée *ex tunc*, sous tous les rapports;

3° Et que par contre il se trouve, s'il est débiteur du défunt, soumis aux poursuites de ceux qui le font déclarer indigne. En effet, tant que la confusion a existé, il n'a pu se poursuivre lui-même; mais dès qu'elle a cessé, la créance, et par conséquent le droit de poursuite qui en est inséparable, a dû revivre au profit de ses adversaires qui, désormais, représentent seuls la personne du *de cujus*.

[1] V. L. 8, ff., *eod. tit.;* L. 29, § 2, ff., *De jure fisci.*
[2] Lebrun, *Success.* (*loc. cit.*, n° 25).

Digitized by Google

ARTICLE II.

Des effets de l'indignité à l'égard des héritiers et spécialement à l'égard des enfants de l'indigne.

SOMMAIRE.

141. Histoire de l'article 730 du Code Napoléon.
142. Système de Pothier qui repousse celui des Parlements.
143. Théorie adoptée par les auteurs du Code.
144. Formule qui en résulte.
145. Application dans une première hypothèse.
146. Application dans une seconde hypothèse.

141. Le principe qui domine cette matière est écrit dans l'article 730 du Code Napoléon, dont le sens est plus clair que la lettre. Pour bien comprendre la portée de cet article nous devons en rechercher l'histoire.

En droit romain, les biens enlevés à l'indigne étaient confisqués au profit du fisc.

En France, au contraire, les biens enlevés à l'indigne étaient, dans les pays coutumiers et même dans le ressort du parlement de Bordeaux, attribués aux héritiers appelés à son défaut, et la saisine de l'exclu se trouvait rescindée. Nos pères avaient abandonné, sous ce rapport, le système romain, parce qu'ils pensaient que les parents du défunt, succédant à l'exclusion du fisc, seraient d'autant plus portés à ne rien négliger pour la poursuite et pour la punition du meurtrier. Cependant la jurisprudence du parlement de Paris et presque tous les auteurs à sa suite, limitaient cette règle dans le cas où les biens devaient appartenir *aux descendants de l'assassin du défunt*. Ils ne voulaient pas que la succession passât à ses enfants, même appelés de leur chef, « parce que, disaient-ils, si les biens pouvaient leur « être acquis, le crime serait profitable au meurtrier. L'union « qui existe entre le père et ses enfants est telle qu'il est im- « possible de s'imaginer que le crime du père lui soit infruc- « tueux, si les enfants jouissent actuellement des biens. » Sur ce motif, Lebrun, d'accord avec la jurisprudence, donnait aux intéressés l'action d'indignité, non-seulement contre *le meurtrier personnellement, mais encore contre ses enfants et descendants.*

Ainsi, dans cette théorie, les enfants étaient punis pour le

Digitized by Google

crime de leur père ou de leur mère. *Horror patris, vel matris transit ad filios.* On n'usait pas de cette rigueur à l'égard des lignes collatérales [1].

142. Quand vint la mission de Pothier, il jugea ce système comme contraire à l'humanité. C'était inévitable! car, punir des innocents, dans la crainte que leur père coupable ne profite, *par eux,* des bénéfices de son crime, est une idée monstrueuse en morale, qu'un cœur pur et candide comme celui de Pothier devait repousser avec horreur. Aussi, partant du principe de la personnalité des fautes, décida-t-il, sans s'inquiéter de la jurisprudence des parlements, que les enfants de l'indigne ne devaient pas souffrir du crime de leur père. En conséquence, il les admit à la succession du *de cujus,* soit par représentation, soit de leur chef, suivant que le coupable était mort avant sa victime ou lui avait survécu [2].

Toutefois, il n'osa aller plus loin dans cette voie, sans doute, dans la crainte de heurter la règle du droit français qui voulait que la part de l'indigne fût dévolue aux autres héritiers appelés à son défaut, à l'exclusion perpétuelle du fisc [3], et, résistant aux entraînements de la base de la théorie qu'il prétendait édifier, le bon Pothier, esprit juste s'il en fut jamais, mais toujours timide en fait d'initiative, ne voulut pas accorder, *dans tous les cas,* aux enfants de l'indigne la part et portion enlevée à leur père par l'exercice de l'action intentée contre lui.

Ainsi, en 1803, les auteurs du Code avaient à choisir entre trois systèmes :

1° Celui des parlements approuvé par Lebrun;

2° Celui de Pothier,

3° Et le dernier système que je ne fais qu'indiquer et qui est le plus favorable aux enfants [4].

[1] V. Rousseau de Lacombe, v° *Indignité.* — Lebrun, *loco citato,* n°s 10 et 11. — Brodeau sur Louet, *L. S. somm. XX.* — D'Espeisses, *loco citato.*

[2] V. Pothier, *Successions,* chap. 11, art. 1, § 2. Il ne traite la question que relativement aux enfants de l'exhérédé. Mais peu importe. Il admet la même théorie à l'égard des enfants de l'indigne.

[3] V. d'Espeisses, *loco citato.* Il y rend compte de l'histoire de cette question intéressante qui paraît avoir eu du retentissement dans la science. Le parlement de Toulouse a fini par se rendre. (Conférez le président Espiard sur Lebrun, *loco citato.*)

[4] Dans le système que j'indique ici, l'indigne disparaît de la succession *au profit de ses enfants,* qui viennent prendre ce qu'il aurait conservé sans

Digitized by Google

143. Qu'ont fait les auteurs du Code? Ils n'ont adopté exclusivement ni l'un ni l'autre de ces trois systèmes, et ils en ont créé un *quatrième* tiré de la combinaison de la théorie de Pothier et de celle des parlements.

En conséquence, ils admirent avec Pothier que les enfants de l'indigne ne devraient point souffrir, *en principe*, de la faute de leur père, qu'ils pourraient le représenter pour venir utilement à la succession, s'il était mort avant le défunt, qu'ils pourraient aussi succéder de *leur chef* dans le cas où ils viendraient en ordre utile, sans avoir besoin du bénéfice de représentation, si leur père avait survécu au *de cujus*, parce qu'on ne représente pas les personnes vivantes qui, bien qu'exclues, sont considérées comme occupant encore leur degré dans la famille.

Mais, comme dans ce système, venait se dresser l'inconvénient signalé par Lebrun et d'Espeisses, les rédacteurs de la loi voulurent y parer, et tout en consacrant législativement la théorie de Pothier, ils la restreignirent par un expédient qui pût empêcher l'indigne, *autant que possible*, de profiter des bénéfices de son crime.

En conséquence, ils le privèrent de l'usufruit légal que la loi accorde aux pères et mères sur les biens de leurs enfants mineurs (C. Nap., art. 384).

144. Voilà le véritable sens de cet article 730, sur lequel on a tant écrit. Il en résulte que, dans le système du Code, la peine civile de la rescision de la saisine résultant de l'indignité prononcée, *ne s'applique jamais qu'à la vocation personnelle de l'indigne*, et que ses enfants ne sont pas exclus de la succession pour la faute de leur père : ce qui est bien.

Remarquons que la disposition de l'article 730 est générale

son indignité; ce qui me semble équitable et la conséquence naturelle d'un système basé sur *la personnalité des fautes*. Dans l'ancienne jurisprudence, on repoussait cette idée, « parce que, disait-on, ce n'est rien faire que de « priver le meurtrier de la succession du meurtri, si on la donne à ses « enfants. Un père pourrait se porter au meurtre, autant volontiers pour le « profit de ses enfants que pour le sien propre. » D'Espeisses, *loco citato*. N'est-ce pas pousser trop loin les choses?... Et le système que nous indiquons (le troisième), *avec la privation de l'usufruit légal*, ne remplacerait-il pas avec succès celui qui nous régit aujourd'hui? C'est une question qui se posera, un jour, lors de la révision du Code Napoléon. Aujourd'hui il ne nous est pas donné de la résoudre.

Digitized by Google

dans ses termes, et qu'elle se réfère aux trois cas d'indignité prévus par l'article 729. Mais, en fait, elle ne peut guère s'appliquer qu'aux deux premiers cas.

Cela posé, suivons la loi dans les faits.

145. *Première hypothèse.* — *Primus* a été déclaré indigne par un jugement rendu à la diligence de son frère *Secundus*. Les enfants du coupable se présentent à la succession et ils viennent réclamer contre leur oncle la part que leur père aurait conservée s'il n'eût pas été exclu; leur réclamation est-elle fondée?

Non, d'après l'article 730; car ils ne peuvent venir à la succession que de deux manières, ou *de leur chef*, ou *par représentation*. De leur chef? cela est impossible, puisque leur oncle *Secundus* est parent du *de cujus* à un degré plus proche que le leur. Par représentation? cela est également impossible, puisqu'on ne représente pas les personnes vivantes. Les enfants de l'indigne ne sont donc point en rang utile pour succéder; ils doivent, dès lors, succomber dans leur demande.

Voilà le sens *un peu dur* de l'article 730 du Code Napoléon, qui reproduit la doctrine de Pothier. Il ne faut pas aller plus loin, et décider, comme la base admise du principe de la personnalité des fautes semble y inviter, que la portion de succession enlevée à l'indigne, profite à ses enfants, à l'exclusion de leur oncle. L'indigne, pour être exclu par une raison particulière, n'occupe pas moins, tant qu'il vit, *son degré dans la famille*.

Mais alors, dira-t-on, les enfants souffrent du crime de leur père; car si ce dernier n'avait pas été déclaré indigne, il aurait recueilli les biens de l'auteur commun pour moitié, et, par conséquent, ses enfants auraient profité de cette moitié; tandis que l'indignité de leur père résultant de sa faute fait qu'ils sont exclus de la succession pour le tout.

La réponse est qu'on ne peut pas dire, *en droit*, qu'ils sont exclus *pour la faute de leur père*, parce que ceux-là seuls peuvent être considérés *comme exclus* qui sont appelés, et, dans l'espèce, les enfants de *Primus* ne sont pas appelés en rang utile à la succession de l'auteur commun, puisqu'il existe entre lui et eux *un degré qui n'est pas vacant*.

146. *Deuxième hypothèse.* — Paul meurt laissant deux fils : *Primus* et *Secundus*. *Primus* croyant la succession *mauvaise*,

Digitized by Google

y renonce. *Secundus* l'accepte, mais il se trouve dans l'un des cas d'indignité de l'article 727. L'arrivée d'un vaisseau ou tout autre événement imprévu fait voir que la succession crue *onéreuse* est très-bonne. Les enfants de *Primus* qui ne peuvent représenter leur père, puisqu'on ne représente pas les personnes vivantes, ont le plus grand intérêt à faire exclure leur oncle comme indigne de la succession de leur aïeul. Ils obtiennent un jugement qui le déclare tel, que va-t-il arriver?...

Dans cette espèce, l'indigne disparaissant, et son frère ayant renoncé à la succession, les enfants de *Primus* et de *Secundus* partagent l'hérédité par têtes et non par souches. Ils sont, en effet, tous au même degré, et aucun ne peut invoquer le bénéfice de la représentation.

Si *Primus* n'avait pas renoncé à la succession, et s'il eût fait exclure *Secundus* comme indigne, il aurait recueilli, seul, toute l'hérédité; tandis qu'il peut arriver que son fils unique, en concours avec tous les enfants de l'indigne n'en obtienne qu'une très-faible portion.

Voilà un cas dans lequel l'indignité peut avoir des conséquences très-favorables aux enfants de l'indigne. Mais, il faut bien le remarquer, ce n'est pas l'indignité, en tant qu'elle est *indignité*, qui fait leur position meilleure, c'est l'impossibilité, de la part de leur père, de conserver pendant sa vie l'hérédité à raison d'un événement *quelconque*. Le résultat aurait été le même s'il avait renoncé à la succession comme son frère.

Il est inutile que nous épuisions toutes les combinaisons qui peuvent se présenter : le principe qu'il ne faut jamais perdre de vue en cette matière est que, dans le système du Code Napoléon, l'indignité ne produit jamais ses effets que *sur la vocation personnelle* de l'indigne. Cela dit, nous passons aux conséquences de l'indignité prononcée sur les opérations faites, *medio tempore* avec les tiers.

ARTICLE III.

Des effets de l'indignité à l'égard des tiers.

SOMMAIRE.

147. Premier système généralement admis.
148. Rejeté par l'auteur de ce travail. Deuxième système.
149. Droit romain.

Digitized by Google

150. Ancienne jurisprudence française.
151. La difficulté ne pouvait se présenter en droit romain.
152. Droits comparés.
153. Conclusion à tirer de cette comparaison.
154. Objection tirée de l'article 958 du Code Napoléon. Réponse.
155. Autre objection tirée de la personnalité des fautes.
156. Autre objection tirée des attentes trompées. Réponse.
157. Considération en faveur du système proposé.
158. Inconvénients du système contraire.
159. Autre considération relative à l'hypothèque légale de la femme de l'indigne, dans le système rejeté.
160. Autre considération relative à la purge des hypothèques non inscrites au moment du jugement, dans le même système.
161. La théorie rejetée n'a pas de fondement.
162. Réponse à l'objection tirée de ce qu'il y aurait confusion entre l'incapacité et l'indignité dans le système admis par l'auteur du travail.
163. Conclusion et fin.

147. Deux systèmes très-différents l'un de l'autre se disputent le terrain que nous allons chercher à explorer.

Le premier, généralement enseigné par nos jurisconsultes, peut être ramené à la formule suivante :

« *L'indignité anéantit, rescinde la saisine pour l'avenir, mais* « *elle la laisse subsister pour le passé.* » Voilà la règle que nous avons entendu professer à l'école, et que MM. Marcadé et Mourlon ont reproduite dans leurs ouvrages, en la développant [1].

Ainsi la saisine serait, par l'effet de l'indignité prononcée, simplement résolue *ex nunc* à l'égard des tiers qui peuvent tenir des droits réels de l'indigne, bien qu'elle serait résolue *ex tunc* à l'égard des successibles appelés à son défaut. Tout ce qu'aurait fait l'indigne, *medio tempore*, serait valable irrévocablement comme s'il avait été propriétaire incommutable, et tout ce qu'il aurait fait, postérieurement au jugement déclaratif de l'indignité, serait *nul* comme émané *a non domino*. A partir de cette dernière époque, on admet, sans difficulté, qu'il doit être, à l'égard des biens héréditaires, dans la position d'un *incapable de mauvaise foi;* ce qui est évident.

On conclut de là que les aliénations *à titre onéreux*, et même celles *à titre gratuit*, consenties par l'indigne avant le jugement, doivent être maintenues, pourvu toutefois, ce qui ne fait pas

[1] Marcadé, art. 729, n° 1. — Mourlon, *Répét.*, t. II, p. 26, 4.

Digitized by Google

question, qu'il n'y ait pas eu de collusion frauduleuse imputable aux tiers avec lesquels il a traité; auquel cas les héritiers appelés par suite de la rescision de la saisine de l'indigne, ont le droit incontestable de faire tomber des ventes et les donations comme frauduleuses (art. 1167).

Cette théorie s'appuie sur un argument d'analogie tiré de l'article 958 du Code Napoléon, qui, dit-on, a sa base dans la nature même des actions pénales, et qui consacre une exception remarquable aux principes généraux des effets ordinaires des actions résolutoires et révocatoires.

D'après cet article, la révocation d'une donation, pour cause d'ingratitude, ne préjudicie ni aux aliénations faites par le donataire ingrat ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il a pu valablement imposer sur l'objet de la donation. Or il ne serait pas juste que la peine atteignît un autre que le coupable; ce qui arriverait cependant dans le système contraire, si, en matière d'indignité comme en matière de révocation de donation pour cause d'ingratitude, la saisine n'était pas rescindée *ex nunc*, à l'égard des tiers qui auraient contracté de bonne foi, dans l'ignorance des causes d'indignité révélée ensuite. Ils combattent pour éviter de perdre, s'ils sont acquéreurs à titre onéreux, ou pour conserver une possession, *ex juxtâ causâ*, s'ils sont donataires; tandis que leurs adversaires *certant de lucro captando*, et ne peuvent dans tous les cas invoquer en leur faveur le principe *in pari causâ melior est causa possidentis*.

On ajoute, à l'appui de ce système, que si la rescision de la saisine avait lieu *ex tunc*, c'est-à-dire si l'indigne exclu pouvait être réputé n'avoir jamais eu la saisine au regard du public, il n'y aurait aucune différence réelle entre l'indignité et l'incapacité [1].

Nos interprètes sont à peu près d'accord sur ce point, sauf pourtant quelques dissentiments en ce qui touche les donations que l'indigne a pu faire dans le temps intermédiaire. Cette harmonie, toujours désirable, se comprend ici en présence de la position intéressante des tiers détenteurs de bonne foi, qu'on aime généralement à favoriser.

148. *Deuxième système.* — Nous pensons que toute cette

[1] *Supra*, n° 91.

Digitized by Google

théorie n'a pas de fondement solide au point de vue de l'interprétation du Code Napoléon, et que si elle est à mettre dans la loi, elle n'y est certainement pas. Dans notre opinion, la rescision de la saisine en matière d'indignité a lieu *ex tunc*, tout aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard des héritiers appelés à défaut de l'indigne. C'est du moins ce que nous allons chercher à prouver, en appelant la métaphysique du droit à notre secours [1].

149. A. *Droit romain.* — Les principes du droit romain épars dans le vieux trésor de la science peuvent, en matière de *domaine révocable*, se réduire à ce qui suit :

Le domaine est, en général, révocable *ex tunc*, et le propriétaire véritable a une *action réelle* pour revendiquer son bien lorsque la cause de la résolution, de la révocation ou de la rescision est *ancienne, préexistante, lorsqu'elle* a existé *ab initio*. Dans ce cas, qui est le plus commun, la règle : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* reçoit, sans difficulté, son application, et le domaine révoqué entre les mains du détenteur rentre au légitime propriétaire, *libre de toutes les charges imposées, medio tempore*, par le possesseur qui n'était qu'un propriétaire *apparent* (C. Nap., 1184, 1117, 1109, 1113, 2125, 2177, 2182).

Si, au contraire, la cause *de la résolution, de la révocation ou de la rescision*, est *nouvelle*, c'est-à-dire si elle a pris naissance, *ex post facto*, à une époque postérieure au contrat ou à l'événement juridique qu'il s'agit de faire disparaître dans l'intérêt de la vérité et de la justice, alors le domaine n'est pas *révocable* et n'est jamais révoqué *ex tunc*, il est simplement *révocable*, et il est par conséquent seulement révoqué *ex nunc*. Dans cette dernière hypothèse, le demandeur en révocation n'a qu'une *action personnelle* contre le propriétaire actuel, et non pas *une action réelle* contre les tiers. La chose ne lui revient que *cum onere*.

Voilà le résumé fondamental de la science en cette matière.

150. *Ancienne jurisprudence française.* — Je ne vois pas que dans l'ancienne jurisprudence française, ces principes aient

[1] C'est avec un vif sentiment de plaisir que nous avons vu nos idées sur le point en litige, confirmées par la nouvelle publication de M. Demolombe (*Traité des successions*, nos 310 et suiv.).

Digitized by Google

été jamais contestés. Les actions rescisoires, en général, y produisent *des effets absolus*, et les choses sont remises au même et semblable état qu'elles avaient avant la révocation, pourvu que la cause de la rescision soit *ancienne, nécessaire* et non pas, *nouvelle et volontaire*. Si on y fait une exception en ce qui touche la révocation des donations pour cause d'ingratitude, ce n'est pas sur le motif allégué par les partisans du système que nous combattons et qu'ils tirent de la nature des actions pénales. C'est uniquement parce que, dans ce cas, l'ingratitude qui est la cause de la révocation, consiste en une action *nouvelle et volontaire*. C'est ce que dit Loyseau dans le passage suivant : « Les aliénations faites et hypothèques contractées par le do- « nataire, demeurent, après que la donation est révoquée par « son ingratitude ; car (écoutons bien le motif de l'art. 958 du « Code Napoléon), cette ingratitude consiste en quelque action « qui est *volontaire* : Aussi, que cette révocation procède d'une « cause, DEPUIS *survenue* et non d'une cause exprimée (dans le « contrat, d'une cause ancienne)... et d'un caractère imprimé « *lors de la tradition* de la chose [1]. »

Spécialement, en matière d'indignité, on avait fini par ne plus distinguer les indignes des incapables : « Nous ne distin- « guons plus, en France, même dans les pays de droit écrit, les « indignes des incapables ! » dit le président Espiard sur Lebrun [2].

Ainsi, il est évident que les précédents sont contraires à la théorie que nous combattons. Elle ne repose que sur un argument d'analogie que l'histoire de l'article 958 lui enlève.

151. *Dans le droit romain*, la difficulté qui nous occupe ne pouvait pas être mise en discussion. L'adition d'hérédité imprimant au successible la qualité indélébile d'héritier, les biens lui étaient enlevés et confisqués au profit du fisc, comme sur une personne indigne de les retenir ou de les conserver. Le produit de la peine de l'indignité était naturellement acquis à l'État, comme le sont, chez nous, les amendes. C'était pour le despotisme impérial, une manière de battre monnaie. Si les biens héréditaires avaient été aliénés, *medio tempore*, on réglait dans la *controversia Bonorum*, les restitutions à faire des

[1] Loyseau, *Traité du déguerpissement*, liv. VI, chap. 3, n° 10.
[2] *Traité des successions*, liv. III, chap. 9, n° 25.

Digitized by Google

sommes que le possesseur de mauvaise foi avait pu recevoir *ex hæreditaria causa*. Mais l'héritier auquel les biens étaient ainsi arrachés (*auferebantur*), n'en restait pas moins *héritier*. Son droit de succession n'était pas même résolu *ex nunc*. Il n'était résolu en aucune façon. Seulement, il était privé du bénéfice et exonéré des charges inséparables de l'acquisition de l'hérédité. Cette qualité d'héritier réduite à celle d'un *hæres nomine, sed non re* n'était pas dépourvue de toute espèce d'effets.

Si cette théorie existait encore aujourd'hui, nous nous hâterions de passer à une autre matière, sans même discuter la question qui s'agite, mais elle n'a pas été reçue en France, dans les pays coutumiers, et elle a fini par succomber, même dans les pays *de droit écrit*. Depuis longtemps, chez nous, le fisc n'a rien à démêler avec les indignes, à moins qu'il ne soit appelé à succéder, faute de parents aux degrés successibles : de là est résulté un fait considérable pour la solution du problème à résoudre, c'est que la distinction *entre l'indignité et l'incapacité* a perdu quelque chose de son importance, et c'est à cette circonstance qu'il faut rapporter les paroles du président Espiart ci-dessus rappelées, quoiqu'il soit allé au delà de la vérité.

152. Si vous comparez les deux législations entre elles, vous arriverez à notre opinion, bien que nous ne la proposions qu'en tremblant, en présence d'un concours de noms célèbres aussi imposant que celui que nous nous permettons de combattre.

En droit français, le coupable est *indigne de succéder* (C. Nap., art. 929). L'indignité une fois prononcée, il disparaît du nombre des héritiers saisis. Son droit est résolu *ex tunc*, puisque l'hérédité qui lui est enlevée est censée avoir été déférée *ab initio* à ceux qui l'auraient recueillie s'il n'eût pas existé [1]. Le cohéritier, ou le successible d'un degré subséquent qui obtenait le jugement d'indignité acquiert les biens, en vertu de *son droit de succession éventuel*. Les principes de l'accroissement lui deviennent applicables...

[1] Le défunt est censé avoir saisi les parents d'un degré inférieur pour tous les cas où le premier degré, par une raison ou par une autre, ne peut venir à la succession. (Pothier, *Successions*, chap. 3, sect. 2.) Les articles 785 et 786 sont la reproduction de sa théorie.

Digitized by Google

En droit romain, au contraire, les biens étaient acquis au fisc, comme une amende imposée sur le crime de l'indigne. On le dépouillait, *toute chose restant en état*. Jamais l'accroissement ne pouvait avoir lieu ; et cela par une raison évidente, c'est qu'il ne pouvait y avoir d'accroissement au profit du cohéritier, quand l'héritier indigne restait *héritier*. La défaillance, condition essentielle pour donner lieu à l'accroissement, faisait défaut.

En droit français, la confusion cesse d'exister avec toutes ses conséquences, par suite de la rescision de la saisine.

A Rome, au contraire, la confusion produisait des effets irrévocabes, puisque l'héritier, quoique privé des biens, restait *héritier*.

Ces différences dans les bases fondamentales de l'institution doivent nécessairement entraîner avec elles, *à l'égard des tiers*, des conséquences tout autres que celles admises par les jurisconsultes que nous combattons. L'héritier auquel la succession est déférée à défaut de l'indigne, ne succède point, dans le Code Napoléon, *à la personne de l'indigne*, il ne succède pas même *aux biens de l'indigne;* il succède à la personne et aux biens du défunt. Tandis qu'à Rome, le fisc succédait aux biens de l'indigne, *cum onere*, et non pas à la personne et aux biens du défunt. Le fisc n'était pas *hæres*, puisque l'indigne continuait de l'être. Chez nous, au contraire, les successibles qui font exclure l'indigne sont héritiers du défunt par suite de la *rescision* de la saisine du coupable, et de leur vocation éventuelle qui vient à se réaliser.

S'il en est ainsi, et comment en douter? la conséquence immédiate du système n'est-elle pas que toutes les aliénations consenties par l'indigne, *medio tempore*, disparaissent et que les biens rentrent dans les mains des héritiers appelés utilement, *libres des charges imposées par l'exclu*. Son domaine était révocable, infecté d'un vice originaire...; l'événement résolutoire se produit, et, par conséquent, les choses sont remises au même et semblable état que si aucune aliénation n'avait eu lieu (C. Nap., 2125-2177-2182). La première de toutes les conditions exigées par nos lois pour que les acquéreurs et les donataires puissent être investis de la propriété des immeubles vendus ou donnés n'est-elle pas que le vendeur, ou le donateur, soit *propriétaire* au moment de la translation de la propriété.

Digitized by Google

Or l'indigne l'est, sans doute, avant le jugement d'indignité; car il n'est certainement pas *un incapable;* mais il ne l'est que *resolubiliter*, et il ne peut, par conséquent, transporter à d'autres que des droits qui lui appartiennent. Comment l'ayant-cause (ici, l'acquéreur) pourrait-il avoir plus de droits que n'en avait son auteur?...

On nous objecte : 1° que l'article 958 du Code Napoléon a établi une théorie contraire à notre manière de voir, dans le cas de révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, de la part du donataire, et l'on tire de là un argument en nous disant : « Il n'est pas impossible d'établir un système intermé-« diaire entre les deux théories absolues, dont l'une conserve « l'indigne, quoique exclu, comme un *hæres nomine, sed non* « *re*, et dont l'autre (celle que vous professez à tort) rescinde « la saisine *ex tunc* d'une manière complète. Il y a ce *milieu* « *possible* que la saisine peut être rescindée *ex nunc, à titre de* « *peine*, comme la loi en a donné l'exemple (non limitatif) pour « le donataire ingrat (C. Nap., art. 958). Il faut donc se ratta-« cher à cette disposition ingénieuse, et qui doit être vue avec « faveur, pour..... pour *l'étendre*, au cas d'indignité, plutôt que « d'adopter votre système, dont vous reconnaissez vous-même « les graves inconvénients en ce qui touche le crédit public et « privé. »

Voilà l'objection.

Mais la réponse est que c'est précisément parce que la loi a jugé nécessaire de s'expliquer pour le cas particulier de la révocation des donations pour cause d'ingratitude, qu'elle n'a pas voulu qu'il en fût de même, au cas de la rescision de la saisine par suite d'indignité. Il fallait bien faire remarquer, par un texte formel, de peur qu'on ne le confondît avec les autres cas généraux de rescision, le cas particulier prévu par l'article 958. Dans l'hypothèse prévue par cet article, la cause de révocation n'est pas *ancienne et nécessaire* comme dans les autres cas, de violence, de dol, d'indignité, etc.; et dès lors, il existait une raison particulière pour motiver la résolution exceptionnelle *ex nunc* de cet article 958. Mais vouloir l'étendre à des cas pour lesquels il n'a pas été créé, c'est évidemment cesser d'être interprète pour se faire législateur. Est-ce que la règle : *Ubi eadem ratio idem jus*, s'applique jamais en matière exceptionnelle? Est-ce que, d'ailleurs, les causes de révoca-

Digitized by Google

tion de la donation sont les mêmes que celles de la rescision de la saisine au cas d'indignité? Pour admettre le système de nos contradicteurs, il faudrait un texte qui n'existe pas, ou plutôt il faudrait remanier toute la théorie du code sur le domaine révocable et rompre avec le passé, en proclamant la personnalité de toutes les actions rescisoires et révocatoires [1]. Mais nous n'en sommes pas là.

On objecte, 2° « *Que les tiers ne doivent pas souffrir de la faute du coupable...* »

Entendons-nous bien. Cette idée est certainement féconde en conséquences, et l'expérience que j'ai acquise dans mes fonctions m'a mis plus d'une fois à même d'observer que nos Codes laissent beaucoup à désirer dans tout ce qui concerne *la théorie du domaine révocable.* L'avenir ne leur appartient pas, sous ce rapport, et ce n'est pas pour rien que les Codes étrangers ont déjà modifié plusieurs de leurs dispositions à cet égard. Mais, en ce moment, nous interprétons et nous ne sommes pas chargé de refaire la loi.

Donc, quand le législateur nous dira (art. 730) qu'il ne veut pas que les enfants de l'indigne souffrent de la faute de leur père, nous appliquerons ses prescriptions avec plaisir, à la condition qu'ils viendront de leur chef et qu'ils ne seront pas obligés d'exercer ses droits, car ils n'en auraient aucun dans ce dernier cas. Mais, dans la question que nous examinons, il ne s'agit pas des enfants qui tiennent leurs droits de la loi, il s'agit de tiers qui tiennent leurs droits de l'héritier saisi sous une condition résolutoire, et dont, par conséquent, les acquisitions manquent par la base, dès que la cause de laquelle elles procèdent (la saisine) vient à être rescindée par un vice originaire, *ex causâ antiquâ.*

Si la loi avait voulu que les aliénations consenties par l'indigne, *medio tempore*, fussent maintenues, elle se serait bien gardée de le dessaisir, tandis qu'elle le déclare *privé du droit de succession, indigne de succéder* (C. Nap., art. 727) : ce qui est bien différent ; car cela signifie qu'il doit être considéré, après le jugement d'indignité, comme n'ayant jamais été *propriétaire* des biens de l'hérédité.

156. 3° On objecte que ce serait tromper les attentes légi-

[1] Ce qui serait peut-être à désirer.

Digitized by Google

timement conçues par ceux qui ont traité de bonne foi avec l'indigne, si notre système pouvait être admis.

Sans doute les actions résolutoires et révocatoires blessent souvent les droits des tiers, mais elles existent dans notre législation. On avait à choisir entre la famille et le public. On a choisi la famille; tant mieux pour elle. Tant, donc, qu'elles existeront, il faudra les respecter; ce n'est pas aux interprètes à les faire disparaître. Mais quoi qu'on fasse, jamais la bonne foi, à elle seule, n'a été et ne sera pour l'acheteur un moyen d'acquérir ce qui n'appartient pas au vendeur. Il faut laisser cette invention aux arrêts qui ont déclaré valables les ventes faites par l'héritier apparent. Les jurisconsultes éminents que nous combattons en ce moment le reconnaissent eux-mêmes!...

157. Au surplus, l'objection qui nous est faite ne repose que sur une considération qui se rétorque par des considérations non moins graves. Car si les aliénations et les hypothèques consenties par l'indigne *medio tempore* sont maintenues pour le passé, il tirera envers et contre tous un lucre de son crime. Et cependant on ne saurait nier que les biens n'ont été retirés du fisc et donnés par le législateur français aux héritiers légitimes qu'afin d'atteindre plus sûrement le coupable et de l'empêcher, en intéressant des particuliers à le faire condamner criminellement pour l'exclure, de conserver un profit quelconque de l'hérédité.

158. Qui est-ce qui empêchera l'indigne, avec la théorie admise, d'emprunter des sommes considérables, d'hypothéquer les biens de la succession, de les dissiper ou de les employer au payement de ses dettes personnelles, pour ensuite venir solder le montant de son compte avec ceux qui l'excluront pour crime de meurtre en leur jetant pour tout avoir... *son insolvabilité!*

Qu'arrivera-t-il? C'est qu'il sera toujours le maître, en fait, de se mettre à l'abri de l'action d'indignité, parce que ses adversaires n'auront pas d'intérêt *réel* à intenter l'action que la loi leur accorde cependant, dans le but de l'atteindre utilement!...

159. *Autre considération.* La femme de l'indigne acquerra une hypothèque sur les biens héréditaires, et elle se payera de ses créances matrimoniales avec les biens de la succession: de sorte que les héritiers qui auront fait prononcer son exclusion seront obligés de payer les créanciers de l'indigne!...

Digitized by Google

Que les héritiers qui ont fait prononcer l'indignité payent les créanciers du défunt..., rien de plus juste, puisqu'ils succèdent, en définitive, à sa personne et à ses biens; mais qu'on les oblige à payer les créanciers du meurtrier de leur père sans en avoir les biens..., cela est par trop fort!...

160. Continuons. L'héritier saisi a consenti une hypothèque, le 1er janvier, sur les biens de la succession; il est déclaré indigne quelques jours après. Le créancier n'a pas encore inscrit son hypothèque valablement constituée dans le système que nous combattons..., ira-t-il, après le jugement d'indignité, appréhender comme gage de sa créance le bien d'autrui?... Quel sera le délai fixé pour la prise d'inscription? Où sont les formalités de purger, tracées par la loi pour ce cas? Le jugement devra-t-il être transcrit? En vertu de quel texte?... Comprendrait-on que les héritiers appelés à défaut de l'indigne fussent tenus d'offrir la valeur des biens qu'ils recueillent *par droit de succession* aux créanciers hypothécaires de l'indigne et de racheter ainsi ce que la loi leur attribue avec les seules charges provenant du défunt?

Eh! ne voit-on pas que si le législateur avait eu la pensée de maintenir les aliénations consenties, dans le temps intermédiaire, il n'aurait pas manqué de s'occuper des moyens de purger les hypothèques émanées de l'héritier exclu, afin que les demandeurs en indignité, pussent s'exonérer des hypothèques non inscrites au moment du jugement!...

161. Ainsi, la théorie admise, en cette matière, ne repose *sur rien*. Elle fait de la peine civile de l'indignité, une institution qui ne satisfait pas la raison. Elle n'est pas en harmonie avec la pensée de moralité et d'ordre public qui a dirigé le législateur de la famille dont nos pères se préoccupaient beaucoup plus que des intérêts *de bourse et de crédit*.

De deux choses l'une: ou les biens sont enlevés à l'indigne qui reste *héritier*, ou la saisine est rescindée *ex tunc*. Il n'y a pas de milieu entre ces deux idées, et il ne peut pas y en avoir, quand la cause de *la rescision* est nécessairement liée à la naissance de l'événement juridique qu'il s'agit de faire disparaître.

Si, comme cela n'est pas douteux, en présence de l'article 727 du Code Napoléon, la saisine de l'héritier exclu pour cause d'indignité est considérée comme n'ayant jamais existé,

Digitized by Google

il faut subir les conséquences du principe auquel la loi n'a pas fait d'exception. Comment comprendre qu'il puisse exister un héritier qui soit *propriétaire* absolu du corps héréditaire, pour un temps, à l'égard de *certains tiers* (le public) et qui ne soit pas propriétaire absolu, pendant le même temps, à l'égard *d'autres tiers* membres de la famille[1]? toute division de la qualité d'héritier ne peut être admise qu'en vertu de textes formels. En principe, la qualité d'héritier est *indivisible*. On est ou on n'est pas *héritier*, on a été ou on n'a jamais été *héritier*, mais on ne peut pas tout à la fois être *héritier* et n'être pas *héritier*.

162. Mais si l'on se réunit à notre opinion, en repoussant le système que nous combattons, on se gardera bien de dire avec nos adversaires que notre manière de voir arrive à confondre deux institutions différentes, à savoir, *l'indignité et l'incapacité*, et que par conséquent elle doit être condamnée en théorie et en pratique.

En effet, de ce que, suivant nous, l'indignité rescinde la saisine *ex tunc*, il n'en résulte en aucune façon, quoi qu'en ait pensé autrefois le président Espiard, que l'indigne devienne un *incapable*, dans notre théorie. Sans doute, l'indignité et l'incapacité tendent à se rapprocher dans notre système. *La capacité relative* de notre indigne n'est pas *la capacité absolue* de l'indigne de nos adversaires.

Mais notre propriétaire révocable *ex tunc*, pour n'être pas le propriétaire révocable *ex nunc* des jurisconsultes que nous combattons, n'est pas, pour cela, un *incapable*. Qu'on en soit bien convaincu et que l'on mette bien vite de côté l'objection qu'on nous fait à cet égard.

Car s'il n'a pas le droit de libre disposition que lui reconnaissent nos contradicteurs, dans leur théorie, il en a un autre qui ne laisse pas que d'être très-important : c'est celui d'administrer, *medio tempore*, le corps héréditaire avec le mandat d'administration le plus étendu[2].

[1] Les successibles appelés à son défaut sont de véritables tiers à son égard; ils ne sauraient être ses *habentes causam*, *ses ayants cause*, puisqu'ils sont ses adversaires saisis, à son défaut, à partir de l'ouverture de la succession.

[2] M. Demolombe va même jusqu'à maintenir *les transactions* loyalement faites par lui (n° 312). Nous serons plus dans l'esprit de la loi en disant que

Digitized by Google

Ainsi, il peut, sans aucun doute, en sa qualité d'héritier provisoirement saisi, administrer les biens de la succession, poursuivre les débiteurs, payer les dettes, recevoir les payements, vendre le mobilier, etc., etc. Il peut même aliéner les immeubles, comme pourrait le faire un détenteur soumis à une action résolutoire, de la part de son vendeur non payé, mais....., mais....., *salvo jure alieno*, c'est-à-dire sous la réserve du droit des successibles qui pourront l'exclure un jour, avec son acquéreur (C. Nap., 1184) qui ne saurait avoir plus de droits qu'il n'en avait lui-même (C. Nap., art. 2125, 2182).

Rien n'empêche, non plus, les successibles éventuellement appelés à son défaut, de faire des actes conservatoires. Car si celui contre lequel existe une cause d'indignité est propriétaire sous une condition *résolutoire*, ils sont de leur côté, propriétaires sous une condition *suspensive* : ce qui leur donne qualité suffisante pour les actes dont il s'agit.

163. Telles sont les raisons qui nous ont fait abandonner l'enseignement de nos maîtres. Il nous semble que l'avenir appartient à l'interprétation que nous avons essayé d'établir. Ce n'est pas que nous croyons notre système à l'abri de tout reproche. Loin de là. Nous ne nous dissimulons pas les inconvénients qu'il entraîne à sa suite, lorsqu'il descend dans les faits. Nous avouerons même que tout ce qui touche au domaine révocable, dans notre législation, ne nous satisfait pas et qu'une balance plus équitable entre la famille et le public est certainement possible; mais nous n'en pensons pas moins, malgré cela, que la théorie que nous venons d'exposer est la fidèle expression de la volonté du législateur : ce qui suffit pour que l'on doive s'y rattacher et par conséquent rejeter celle de nos savants contradicteurs. A. HUREAUX.

tous les actes qui dérivent du droit de disposer sont subordonnés à ce qui se passera ensuite (C. Nap., art. 2125).

Digitized by Google

DU DROIT MUSULMAN ALGÉRIEN.

Par M. C. Frécier, président du tribunal de Sétif.

(*Suite et fin* [1].)

Nous pouvons attaquer maintenant la partie, sinon la plus difficile, du moins la plus importante et la plus pratique de cette Étude.

Comment la France achèvera-t-elle en Algérie son œuvre d'assimilation et d'identification judiciaire?

Nous avons dit plus haut qu'elle avait encore une étape à franchir, et nous avons indiqué plutôt que décrit les diverses voies qu'elle avait à suivre pour arriver sûrement au terme de sa route.

Nous devons appeler un instant l'attention de nos lecteurs sur chacune d'elles.

Mais avant tout, qu'on nous permette une observation préliminaire.

Tout le monde en convient, ce n'est guère que par l'unité légale et judiciaire qu'il est permis au peuple conquérant de plier le peuple conquis à l'unité de la civilisation. La religion du vainqueur elle-même, à moins que par ce mot on n'entende comme les peuples orientaux en général, et spécialement les peuples musulmans, la discipline spirituelle et temporelle de l'homme, le gouvernement théocratique de son âme, de son corps, de ses biens, la religion y est impuissante, et si, comme on l'a dit d'une façon suivant nous trop absolue, si de tous temps et dans tous pays elle peut se glorifier d'avoir civilisé les peuples, en Algérie, pas plus que les sciences, pas plus que les lettres et les arts, elle n'est en droit de revendiquer cette gloire. Donc la loi et la justice, la loi faite homme, la justice incarnée dans la personne, non du prêtre qui ne doit, directetement du moins, s'occuper que de l'âme, mais du magistrat à qui, loi vivante, est échue la mission de régir et de diriger les sujets de cette loi; — la loi et la justice qui, embrassant dans leur immense sphère les mille rapports de la vie publique

[1] V. t. XXIV, p. 326, et XXV, p. 368.

Digitized by Google

et privée, préparent les mœurs, créent les habitudes, développent les idées, réalisent les aspirations, établissent ce milieu matériel et moral constitutif de la civilisation des individus et des masses; voilà, oui, voilà, avec la religion et quelquefois en dehors de la religion, les deux principales colonnes de la vie sociale.

Je sais bien que la religion ou la loi religieuse, considérée sous le rapport de son influence sur la vie privée, est un des plus féconds éléments de tout progrès, tant moral que matériel. Mais ce que je sais aussi, ce que personne ne conteste, c'est que la loi civile, parce qu'elle est en contact immédiat et direct avec les besoins, les relations, les nécessités d'affaires de chaque jour, *res quotidianæ*, pour parler avec les jurisconsultes romains, exerce sur la civilisation d'un peuple une influence qui, à bien des égards, n'est ni moins efficace ni moins décisive que celle de la religion.

Cette vérité, qui est de toutes les époques et de tous les lieux, ne saurait être mise en doute quand il s'agit de peuples occidentaux, parmi lesquels règne trop généralement de nos jours l'indifférence religieuse, tandis qu'en Orient c'est le contraire qui se produit, le fanatisme, et quelquefois le plus ardent et le plus aveugle, y éclatant à un moment donné pour y dominer sans partage et sans frein.

Néanmoins, si l'on examine pour les comparer entre elles l'action de la religion et l'action de la loi, on aboutit à cette conséquence que dans l'ordre des intérêts positifs, matériels et même jusqu'à un certain point moraux et intellectuels, la religion, elle aussi, a cédé plus d'une fois le pas à la législation civile ou politique, la sanction divine et religieuse à la sanction purement humaine et légale.

Quant aux habitudes, aux mœurs, aux idées et aux aspirations, résultat multiple de la religion, de la loi, du climat et d'une foule de circonstances historiques et locales, je n'avancerai rien de trop téméraire et de trop hardi si, avec Horace et Montesquieu, j'affirme qu'elles puisent leur origine et leur développement à la législation plus encore qu'à tout autre principe civilisateur.

Cela posé, parcourons rapidement les moyens de civilisation que la France a déjà mis ou peut encore mettre en œuvre vis-à-vis des indigènes de l'Algérie.

Digitized by Google

Et d'abord la *contrainte*. — La France, témoin la lettre, l'esprit et l'exécution de la capitulation de 1830, témoin aussi cette multitude de documents législatifs qui ont suivi ce grand acte de générosité du vainqueur envers les vaincus, la France n'en a pas voulu, et s'est ainsi montrée semblable à elle-même depuis le jour où elle a pris place parmi les nations de l'Europe moderne. Mais gardons-nous de conclure de ce fait que, fidèle au système romain, si elle a garanti au peuple conquis le maintien et la conservation de ses lois, ç'a été par ce sentiment de dédain et d'égoïsme qui était le mobile de la conduite de Rome envers les peuples qu'elle avait subjugués par la puissance de ses armes, ou bien encore par suite de son exclusive préoccupation de reculer toujours davantage les limites de son empire. Nous l'avons dit, le génie de la France est un génie éminemment assimilateur et prosélytique. Les nations qu'un jour elle fut forcée d'humilier sous le poids de son épée, sa mission fut toujours de les relever par le levier de ses bienfaits, et quand sonna l'heure opportune, quand tout fut près pour leur conférer le baptême de sa civilisation glorieuse, alors elle ne craignit pas de les appeler ses filles et s'empressa de les adopter et de les traiter en véritable mère.

Ce n'est pas qu'en agissant ainsi elle cède imprudemment aux impatiences d'un trop ardent apostolat; elle n'ignore point que le succès de sa mission dépend en grande partie de la sage lenteur avec laquelle elle en accomplit les devoirs. L'histoire générale du monde et son expérience personnelle lui ont appris que, de même que la nature, la civilisation ne brusque ni ne précipite aucune de ses œuvres, et ce qu'à la rigueur elle pourrait obtenir d'emblée et sans retard de la force, ce qu'elle pourrait exiger impérieusement par son droit de conquête, *ratione imperii*, elle préfère de beaucoup ne le demander que progressivement et après des années, à la persuasion, *rationis imperio*.

A-t-elle affaire à un peuple grossier et dégénéré, tel que le peuple arabe, à peine dépouillé d'une barbarie mêlée de certains éléments de civilisation, semi-barbare plutôt que pleinement civilisé, esclave séculaire d'un despotisme à la fois théocratique et militaire; longtemps avant de lui offrir une religion, des institutions et des lois trop parfaites pour lui, elle le laissera en libre possession de ses croyances à lui, de ses lois

Digitized by Google

et de ses institutions; — elle ne touchera ni aux tribunaux ni, dans une certaine mesure, au régime politique de ce peuple, se reposant sur le temps, sur la providentielle action de ses idées et sur le courant irrésistible de sa civilisation, du soin de l'amener sans violence, sans contrainte, et comme par une douce et insensible pente, de la circonférence au centre de son foyer politique, civil et religieux.

Ouvrez au hasard l'intelligente collection de M. le président de Ménesville; jetez un regard sur l'histoire tant *interne* qu'*externe* de la législation algérienne dans ses rapports avec les indigènes; vous y verrez écrit à chaque page l'éclatant témoignage des généreux procédés de la France envers les habitants de l'ancienne régence d'Alger, depuis la convention ou capitulation du 5 juillet 1830 jusqu'au décret impérial du 31 décembre 1859 sur la réorganisation de la justice musulmane en Algérie. Pour nous, nous ne nous lasserons jamais d'admirer combien elle s'est attachée à tout ménager et à ne rien brusquer chez le peuple vaincu.

On peut dire que toute la législation de l'Algérie s'est inspirée des principes expressément ou virtuellement inscrits dans la législation, et qu'elle a pour ainsi dire été faite à son image. Religion, propriété, famille, liberté, la France, par l'organe de son général en chef, s'y engage d'honneur à tout reconnaître, à tout respecter, à tout maintenir, sous la réserve forcée et implicite de ses droits de souveraineté et de ses devoirs de nation civilisatrice entre toutes les nations européennes.

Je n'en finirais pas si j'entreprenais de citer les principaux actes de cette législation. — D'ailleurs, pour démontrer qu'elle a écarté loin d'elle jusqu'à l'ombre d'une disposition coercitive, un seul peut au besoin me suffire : à trente-quatre ans de la conquête d'Alger, le décret réorganisateur de la justice musulmane, reproduction exacte sur ce point de la législation antérieure, maintient en principe, entre musulmans, la juridiction et la loi musulmanes, si bien qu'en thèse générale, depuis 1859 comme avant 1830, sous la croix du Christ comme sous le croissant de Mahomet, le musulman algérien, où qu'il habite en Algérie, peut et doit affirmer que, sauf en matière criminelle, il est régi par sa loi et jugé par ses magistrats.

Il était difficile de se montrer plus scrupuleux observateur

Digitized by Google

du contrat qui, d'après ses plus compétents interprètes[1], ne liait rigoureusement la France qu'envers les habitants de la ville et de la banlieue d'Alger.

Pas de contrainte! Telle a donc été la devise et la règle de la France en Algérie.

Mais quoi! S'il est vrai que dans nos maux la conquête de l'Algérie ne peut être qu'une rédemption, et que « notre premier devoir c'est de nous y occuper du bonheur de trois millions d'arabes que le sort des armées a fait passer sous notre domination[2], » faudra-t-il que, par un impolitique excès de respect pour les us et coutumes du peuple conquis, nous nous condamnions à croupir dans un éternel *statu quo* et, si j'ose le dire, à river indissolublement l'avenir au passé, abrogeant ainsi notre rôle de peuple civilisateur et progressiste, et aliénant follement ce droit inaliénable et supérieur de législation qui est inséparable du droit de victoire et de souveraineté? Est-ce que la politique, la politique humanitaire de la France, qui compte sur le rapprochement et l'union plus ou moins intense du peuple vaincu avec le peuple vainqueur, n'a pas dû, dès la prise de la Kasbah d'Alger, entrevoir, saluer, hâter de tout son pouvoir le jour où la loi et la justice françaises, au lieu d'être imposées aux indigènes, seraient par eux librement acceptées, et s'efforcer de déblayer de tout obstacle le terrain sur lequel elle devait exercer avec circonspection et prudence son droit incontestable de modifier ou même de changer certaines institutions et certaines lois de la régence?

Je n'ignore pas qu'exagérant outre mesure la portée du mot *religion* inséré dans la capitulation, des esprits trop absolus et mal informés ont soutenu et enseigné que, le Koran étant la loi religieuse et civile du musulman, et par suite la loi civile n'étant pour eux pas autre chose que la religion elle-même, c'est s'attaquer à la religion des indigènes que de s'attaquer à leur loi civile. Mais cette interprétation, très-inexacte en fait, n'est pas moins inexacte en droit, et la Commission d'Afrique l'a victorieusement et unanimement repoussée. A ses yeux, « elle fait violence aux termes comme à la pensée de la capitulation. En exprimant avec précision la promesse de garantir

[1] La commission d'Afrique (1833-34).
[2] Discours de l'empereur à Alger (1859).

Digitized by Google

le libre exercice du culte musulman, et en restant muette quant aux institutions et aux lois, la capitulation a clairement indiqué ce qui était l'objet de l'engagement pris envers les indigènes et ce que le vainqueur réservait à son autorité. »

Mais allons plus loin! Supposons qu'en effet, dans l'esprit du musulman algérien, la loi religieuse et la loi civile se confondent; supposons que le Koran soit sa Bible et son Code; que dès lors sa religion soit un sérieux obstacle à l'importation sur le sol algérien de nos lois, de nos mœurs et de notre religion, qui osera prétendre que cet obstacle est infranchissable, par la raison que chercher même indirectement à le franchir, ce serait porter atteinte à la capitulation, violer la parole, abjurer l'honneur de la France? Assurément je ne nierai pas que chez un peuple habitué de longue main « à mêler aux affaires du ciel les affaires de la terre, » cet obstacle ne soit difficile à renverser. Mais est-ce à dire que la civilisation française sera forcée de reculer devant lui? Combien n'en a-t-elle pas renversé d'autres, en apparence plus insurmontables encore? Non, jamais son labarum ne s'inclina devant le drapeau de l'Islam!

Au surplus, que voyons-nous autour de nous? Où sont ces farouches musulmans qu'on nous peignit tant de fois comme impitoyablement acharnés contre tout ce qui porte le nom chrétien? Les musulmans de nos jours, et les musulmans algériens surtout, sont pour la plupart animés d'un esprit de tolérance incompatible avec ce fougueux fanatisme que leur prête gratuitement l'imagination égarée par des récits d'un autre temps. Grâce au ciel, nous sommes loin du siècle de Charles-Martel, loin de la victoire de Lépante, loin même de la bataille de Vienne; l'islamisme semble sorti, lui aussi, de son moyen âge, et désormais les guerres religieuses, les guerres saintes ne seront guère plus possibles et plus fréquentes dans son sein qu'au sein du christianisme de nouvelles Saint-Barthélemy.

Ajoutons qu'en Algérie, à l'exception de quelques peuplades attardées et perdues dans le désert, les musulmans ne craignent nullement le contact journalier des chrétiens.

Ne soyons donc pas surpris si, en présence d'un peuple bien moins réfractaire qu'on ne pense au rayonnement salutaire de nos lois, la France, dès l'aurore de la conquête algérienne, se prédisposa à leur libre et collective acceptation. Pour

Digitized by Google

cela, qu'avait-elle à faire? Une seule chose : tout en respectant la religion de l'Algérie dans tout ce qu'elle a d'essentiel et de fondamental, toucher indirectement et graduellement à ses coutumes et à ses institutions judiciaires. Et voilà ce qu'elle a fait.

Prouvons-le par quelques exemples.

L'article 1er de l'arrêté du gouverneur général du 22 octobre 1830 confirme le droit qu'avait le cadi maire de juger sans appel, d'après les règles et les formes instituées dans le pays, toute cause, civile et criminelle, entre musulmans.

Mais l'article 3 de ce même arrêté dispose qu'il ne jugera qu'en premier ressort les causes entre musulmans et israélites que jusque-là il avait jugées sans appel. C'était lui faire pressentir sans secousse qu'un moment pourrait bien venir où il cesserait également de juger souverainement les musulmans entre eux.

Autre exemple : la Cour de justice, composée de magistrats français, est autorisée (art. 6) à appliquer les lois françaises ou les lois du royaume d'Alger, de même que les usages et coutumes de l'un et de l'autre pays, suivant qu'elle le croira convenable, soit que comme tribunal d'appel elle juge des musulmans et des israélites, soit que comme tribunal de première instance elle statue sur des contestations entre Français ou étrangers et musulmans.

Le cadi maire continue de prononcer la peine capitale contre les musulmans; mais elle ne peut être exécutée qu'après l'approbation du général en chef.

Était-il possible d'affirmer plus hautement, dans l'ordre de la justice, la souveraineté politique de la France, d'accoutumer plus habilement les Indigènes aux lois et à la justice françaises, et de les inviter plus utilement à en apprécier l'équité et à en accepter les bienfaits?

Et que dire des articles 35 et 36 de l'ordonnance du 10 août 1834, qui, en toute matière, veulent que les tribunaux français soient assistés d'un ou plusieurs assesseurs musulmans ayant voix consultative ou même délibérative, selon les circonstances, sur le fond du droit ou l'application de la peine?

Vous trouverez des dispositions semblables dans chacune des quatre grandes périodes de l'histoire judiciaire de l'Algérie : de 1830 à 1834, de 1834 à 1842, de 1842 à 1859. C'est

Digitized by Google

ainsi que dans la seconde tous jugements criminels des cadis ne peuvent plus être exécutés qu'après le visa préalable du parquet général et par des agents spéciaux de la force publique agréés ou institués par le procureur général; — que dans la troisième les tribunaux musulmans, qui ne sont plus maintenus que pour les affaires civiles et commerciales entre musulmans, sont soumis au contrôle de la Cour d'Alger, constituée en chambre civile; — qu'enfin dans la première partie de la quatrième, alors que ces tribunaux ont momentanément échappé à ce contrôle, ils ne restent pas moins privés de toute juridiction criminelle.

Voilà pour la juridiction ou pour la forme. Mais veut-on, entre mille, un exemple des ménagements, à notre avis, trop souvent excessifs, du législateur algérien sur le fond du droit? Qu'on lise l'article 10 de l'arrêté de l'intendant général, en date du 28 mai 1832, article encore en vigueur aujourd'hui, même après la loi de 1855 sur la transcription, lequel déclare inapplicables aux transactions immobilières entre musulmans et entre musulmans et israélites, ainsi qu'entre israélites, les dispositions de cet arrêté concernant la nécessité des inscriptions hypothécaires et des inscriptions des actes d'aliénations ou de transmissions d'immeubles!

A coup sûr, tant de ménagements, une attention si soutenue à ne rien imposer par contrainte et à tout faire accepter avec reconnaissance permettaient au législateur algérien d'assujettir de temps en temps les indigènes à des lois d'autant plus faciles à subir qu'à peu de chose près elles s'identifiaient avec les leurs, ou semblaient n'avoir pour but que de combler quelques lacunes de peu d'importance dans leur système juridique ou judiciaire.

Ici encore je ne fatiguerai pas le lecteur par une longue et fastidieuse nomenclature d'actes législatifs. Je pourrais le renvoyer tout simplement au mot *Affaires arabes* du dictionnaire de M. de Ménesville, et en particulier aux rubriques, responsabilité collective, nomination, institution et destitution des agas, caïds, etc., règlement des amendes, administration des indigènes en territoire civil, etc., etc.; il me suffira de lui citer les obligations imposées au cadi, aux tolbas et aux oukils, l'appel des sentences du cadi devant les tribunaux civils ou, suivant les cas, devant la Cour d'Alger, et, en général, le dé-

Digitized by Google

cret impérial du 31 décembre 1859, que j'ai déjà plusieurs fois rappelé.

Mais il y avait plus et mieux à faire. Avant de décréter l'unité de législation et de justice pour tous les habitants indigènes de l'Algérie, et conséquemment l'absorption de la loi musulmane par la loi française, le législateur algérien devait y préluder par l'opportun mélange, par la prudente et graduelle fusion de certaines prescriptions de ces deux lois. Le décret de 1859 en est la preuve.

Sans porter directement et ostensiblement atteinte à des lois, ou plutôt à des usages, que nous ne connaissons pas encore assez, et que d'ailleurs nous devrions généralement respecter, il nous appartenait d'entourer la justice musulmane, envisagée dans ses organes comme dans ses sentences, des garanties qui lui faisaient défaut, telles, pour ne parler que de celles-là, que la faculté accordée aux justiciables musulmans d'interjeter appel devant les tribunaux français des sentences du cadi, et la haute surveillance à laquelle sont soumis les magistrats indigènes. En tout ceci il y a fusion et, s'il m'est permis de me servir de ce mot, unification des deux législations, et il nous serait facile d'en citer d'autres exemples tirés de ce même décret et relatifs à l'organisation judiciaire des musulmans. Que ne pouvons-nous en invoquer d'aussi nombreux sur les questions de fond! Malheureusement notre décret, qui, disons-le franchement, renferme le germe de progrès définitifs et décisifs, n'a pas eu le courage d'en proclamer et d'en sanctionner le développement immédiat.

Quoi qu'il en soit, ce décret n'en a pas moins abaissé les barrières que celui de 1854 avait élevées entre la justice et la magistrature musulmanes, la justice et la magistrature françaises, et pleinement ouvert aux indigènes l'accès de nos prétoires et de nos institutions. Encore quelques années, et, frappés de la sagesse de notre droit, convaincus de l'intégrité de nos juges, ils n'hésiteront pas à placer leurs personnes, leurs biens, leurs territoires sous l'égide tutélaire de la loi et de la justice françaises.

Arrière les fiévreuses impatiences des esprits téméraires et aventureux. Mais loin de nous l'immobilité obstinée des esprits timides et poltrons! *Inter utrumque tene.* Tenons-nous à égale distance de chacun de ces écueils!

Digitized by Google

De quoi s'agit-il? de la transformation du droit musulman en droit français.

Or toute transformation juridique est une œuvre pénible et laborieuse qui ne peut s'accomplir qu'avec du temps, de la sagesse et du tact. Évitons de la compromettre par trop de précipitation ou par trop de lenteur.

A l'heure qu'il est, la transformation du droit musulman a traversé ses phases les plus périlleuses : sa phase d'incubation et sa phase d'éclosion; elle est entrée dans celle de son développement, et peut-être ne tardera-t-elle pas de parvenir à celle de son apogée. Alors tous les habitants de l'Algérie, indigènes, Français et étrangers, ne connaîtront plus qu'une seule loi et une seule justice, de même que dès à présent ils ne connaissent qu'un seul souverain.

Le droit musulman n'est plus un secret pour nous : ses imperfections, ses vices, ses lacunes, aussi bien que ses qualités, l'étude et l'expérience nous ont tout révélé, et plus d'une fois, au grand contentement des indigènes, nous avons, dans les cas douteux ou dans des hypothèses qu'il n'a pas prévues, fait intervenir cette haute raison, fille du droit romain et de nos Codes, que Bossuet appelle « l'application du principe de l'équité naturelle. »

Et cependant, malgré la connaissance que nous avons de ce droit, malgré la puissante impulsion que nous avons donnée à son mouvement transformateur, il nous reste beaucoup à faire pour réaliser sa complète transformation. Il nous faut procéder à son égard de la même façon que Domat à l'égard du droit romain. Il nous faut en outre traiter les musulmans comme Napoléon Ier traita les israélites de France.

D'une part, réunir et disposer selon l'ordre de nos Codes les usages et coutumes juridiques des musulmans, en extraire ce qui ne serait pas absolument incompatible avec notre droit, le fondre progressivement et insensiblement avec les dispositions correspondantes ou analogues de nos lois, et, cela fait, rédiger un Code algérieu destiné à régir, sur tout ce qui ne serait pas contraire à la religion des indigènes, les musulmans et les Européens;

D'autre part, consacrer et sanctionner ce Code par l'adhésion, l'approbation et la recommandation préalable de l'élite des cadis et tolbas de l'Algérie, assemblés en Djemaa solen-

Digitized by Google

lennelle ou grand Conseil de jurisprudence, qui serait pour les musulmans algériens, au point de vue du droit, ce qu'en 1806 pour les Juifs de France, au point de vue de la naturalisation, le grand sanhédrin.

Ou je me trompe fort, ou l'exécution pleine et entière du sénatus-consulte sur la propriété indigène aidant, ces deux mesures, à supposer, ce que nous accorderions sans peine, que le résultat qu'on peut en espérer ne fût ni immédiat ni complet, n'auraient pas moins celui de nous rapprocher du but que nous voulons atteindre.

Moins que personne, nous ne nous faisons illusion sur les grandeurs et sur la difficulté de cette tâche. Mais nous savons qu'elle est depuis longtemps ébauchée, et que la France, qui, mandataire de Dieu, fit souvent des choses divines, n'est point habituée à désespérer de l'achèvement d'une tâche après tout moins divine qu'humaine.

Nous savons aussi que cette tâche est pour elle un devoir et une gloire : un devoir que lui impose son passé; une gloire que lui recommande l'avenir de l'Algérie. Comment douterions-nous qu'elle ne l'accomplisse? Recula-t-elle jamais devant le devoir? Ne vola-t-elle pas toujours au devant de la gloire?

J'en demande pardon à Bossuet, mais, bien mieux que Rome, la France mérite cet éloge, le plus beau qui puisse être décerné à une grande nation. « Elle s'efforça de rendre meilleurs les peuples conquis en faisant fleurir la justice dans leur pays, » et, ajouterons-nous, en commentant une parole [1] que nous nous plaisons à citer, de les élever, s'ils sont esclaves, à la dignité d'hommes libres, s'ils sont barbares ou presque barbares, à l'honneur d'hommes civilisés.

Justice, liberté, civilisation! partout où son drapeau passe ou s'arrête, que ne fait pas la France pour les prodiguer à pleines mains?

En Algérie, pas plus qu'ailleurs, elle ne faillira à sa mission.

Rome se faisait craindre et admirer; la France veut se faire aimer et bénir!

C. FRÉGIER.

[1] Discours de l'empereur à Alger.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

COURS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS

D'APRÈS L'OUVRAGE ALLEMAND DE C. S. ZACHARIÆ.

Par M. C. Aubry, doyen et professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Strasbourg, et M. Rau, professeur de Code Napoléon à la même Faculté. — Troisième édition.

Compte rendu par M. A. Bertauld,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

La science du droit a des domaines très-étendus et très-variés; elle réclame les services les plus divers, fait appel à des aptitudes qui peuvent n'être liées par aucune affinité. Sans parler de l'histoire et de la philosophie qu'elle ne peut négliger si elle ne veut se condamner, non pas à un simple appauvrissement, mais à une véritable mutilation, l'immensité des faits et des relations qu'elle gouverne comme loi vivante et pratique offre à l'activité des intelligences un nombre infini de buts à atteindre et une féconde multiplicité de champs à exploiter. Le même champ comporte simultanément plusieurs modes de culture, profite des travaux les plus différents, fournit à tous les efforts sérieux et persévérants une abondante rémunération de produits. Toute entreprise bien conduite a pour elle l'espérance d'une moisson.

Je cite comme exemple et comme témoignage nos lois civiles : que d'ouvriers s'y sont attachés ! quelle variété de tâches, de méthodes, de moyens ! œuvres d'ensemble, œuvres de détail, traités généraux, traités spéciaux, synthèse, exégèse, tout a été essayé; il n'est pas un système d'études qui n'ait trouvé des juristes pour l'appliquer; la récolte a été bonne, le rendement riche; mais ce domaine, celui qui entre tous pourtant a provoqué le plus de concurrents, est loin d'être épuisé.

Cette affirmation n'implique certainement pas dans ma pensée que les savants auteurs qui se sont livrés à l'interprétation du Code Napoléon n'aient qu'incomplétement réussi. Je consi-

Digitized by Google

dère que nous avons sur ce Code beaucoup de bons livres, j'ajoute même, beaucoup plus de bons livres qu'on ne paraît aujourd'hui disposé à le croire. Je suis si peu injuste pour le passé et le présent qu'à mon sens notre littérature juridique compte sur le droit civil des ouvrages dont le crédit déjà considérable doit encore s'accroître parce que leurs mérites sont de ceux qui sont à l'épreuve du temps et seront de plus en plus mis en lumière par lui.

Mais les admirations, même le mieux justifiées, sont quelquefois exclusives : je tiens grand compte de l'utilité immédiate et journalière, de la facilité de secours que nous offrent des écrivains patients et courageux qui se sont dévoués à la vulgarisation de la science, qui en inventorient toutes les notions acquises et consacrent à chacune d'elles de brillants développements; ils préparent ainsi les plaidoiries et les décisions judiciaires; ils sont le trésor des avocats et des juges, la providence de tous ceux qui ont besoin de raviver leurs souvenirs ou qui ont dans leurs études quelques lacunes à combler. Par d'importants côtés ils ont une supériorité qu'il faut reconnaître avec empressement.

Quant aux auteurs qui, au lieu d'étendre et de dérouler, dans de vastes cadres, les solutions doctrinales et jurisprudentielles qu'ils ont recueillies, les résument, les condensent et les contrôlent avec précision et autorité, ils répondent peut-être davantage aux exigences de l'enseignement. Sans doute, à première vue, ils sont moins attrayants et ils imposent la nécessité d'une attention plus soutenue; mais un aliment substantiel fortifie plus les esprits doués de quelque vigueur qu'une nourriture trop chargée d'apprêt et d'excitants.

Parmi les livres qui embrassent et renferment dans un petit nombre de volumes l'explication de tout le Code Napoléon, il en est un qui a des titres particuliers à l'étude des jurisconsultes : c'est le *Cours de droit civil français* du célèbre professeur de Heidelberg, Zachariæ, traduit et annoté par nos deux éminents collègues, MM. Aubry et Rau. Ce livre est arrivé à sa troisième édition, et sa valeur est encore supérieure à son succès; il est difficile de concevoir une systématisation du Code Napoléon mieux enchaînée. L'auteur, avec une grande puissance de généralisation, expose dogmatiquement les principes dont il indique rapidement et déduit avec fermeté les

Digitized by Google

conséquences; il évite, dans la crainte de s'y attarder, toute controverse; il va droit à la vérité dont il se croit en possession, sans signaler les erreurs qui l'ont obscurcie; il enseigne sans disserter.

Le soin de réfutation que Zachariæ néglige, ses traducteurs s'en acquittent dans des annotations excellentes qui ne laissent de côté aucune difficulté, aucun problème; ils font connaître tous les systèmes, toutes les objections, répondent en quelque sorte à tous les doutes; ils ne payent nul tribut à la phraséologie, à la rhétorique; ils n'affectent pas non plus de formes scolastiques; sans draperies, sans tâtonnements, sans oscillations entre *le pour et le contre*, ils s'attaquent résolûment aux théories qu'ils tiennent pour fausses et n'ont pas la prétention de concilier des solutions inconciliables; ils se recommandent en général par une grande sûreté de doctrine; ils sont concis et complets.

Je n'ai point assurément la pensée d'assigner de rang aux divers interprètes du Code Napoléon; ce que je veux dire seulement, c'est qu'ils n'ont pas tous la même mission. A ceux auxquels la généralité de leurs études et l'élévation des vues permettent d'éclairer le droit par la philosophie, l'histoire, l'économie politique, la philologie, il appartient d'ouvrir des horizons nouveaux, de donner l'impulsion, de faire progresser, d'agrandir la science, de préparer les réformes législatives. Sans doute leurs travaux courent la chance de quelques vicissitudes d'appréciation de la part des intelligences moyennes, mais ils ont toujours la consécration des suffrages d'une élite, et ces suffrages auront infailliblement la confirmation de l'avenir.

D'autres ont le privilége de fournir aux praticiens leur pain quotidien, ou, si on l'aime mieux, ils sont comme une source vivifiante à laquelle les jouteurs viennent incessamment puiser pour s'initier au secret des tempéraments, des distinctions, des transactions entre la loi et le fait; ils sont, et ont titre pour être les oracles de la jurisprudence, qu'ils réflètent plus qu'ils ne la gouvernent; ils suivent et décrivent le mouvement plutôt qu'ils ne l'impriment. Je ne parle spécialement d'aucun écrivain; je parle d'un genre, sans le personnifier sous aucun nom, et ce genre a de nombreux représentants. Je suis bien étranger à toute prévention contre les travaux dans lesquels domine

Digitized by Google

le caractère que je viens de signaler; ils sont au contraire pour moi pleins d'attraction; mais il ne s'agit pas d'une question de tendance et mes inclinations n'aboutissent pas à la superstition.

Je regarde les vulgarisateurs de la science comme de bons auxiliaires pour l'enseignement; s'ils en étaient les souverains, les maîtres absolus, n'exagéreraient-ils pas l'empire des circonstances en limitant trop celui des principes?

Ce n'est pas qu'il faille dans nos écoles favoriser le règne des abstractions; je serais le premier à revendiquer une place, et une place considérable, pour l'élément pratique s'il était menacé; mais en ce moment il serait plutôt en train d'empiéter qu'exposé à être refoulé; c'est l'élément philosophique qui paraît l'objet de quelque suspicion et qui n'est pas complétement à l'abri de raisons ou de prétextes d'alarme. La jeune génération à laquelle nous nous adressons n'a guère appris à mépriser ce qui est actuellement et immédiatement utilisable; nous faisons partie d'une société pressée et positive : « Il n'est « pas à craindre, a dit, avec sa justesse d'aperçus habituelle, « Macaulay, que les hommes mêlés aux luttes de la vie active, « j'ajoute, *et surtout ceux qui sont impatients de s'y mêler*, « soient trop portés à se livrer à des spéculations générales. »

S'il importe d'abriter la science du droit contre les abus d'une logique à outrance, contre les excès d'un radicalisme qui ne serait modéré ni par l'équité ni par la raison, il importe aussi de la garantir contre cette flexibilité, cette mollesse, cette humble et souple complaisance qui enlèvent aux doctrines leur autorité, font de toutes les questions des questions de pouvoir discrétionnaire et d'impression de conscience. L'opinion qu'il ne faut pas trop s'efforcer d'apprendre au juge le moyen d'éluder les textes, en lui fournissant des expédients et comme des recettes pour substituer sa volonté et son jugement à la volonté et au jugement du législateur, est celle de tous ceux qui n'appellent pas de leurs vœux une révolution dans notre système judiciaire, et qui persistent à préférer au jury, en matière civile, une magistrature savante et gardienne de la loi. (V. le chapitre 19 de *la Liberté civile*.)

La science du droit ne convie pas à l'arbitraire; elle est sa plus grande ennemie; elle ne prétend pas se dérober entièrement à l'action des espèces particulières; mais bien loin de la

Digitized by Google

développer elle la restreint; elle fait la part de la règle plus grande que celle des exceptions. « Le pouvoir judiciaire, s'il « est exercé convenablement, a dit le comte John Russell, « consiste en l'application sans libre arbitre de règles ou de « lois générales à des cas particuliers. » (*Essai sur l'histoire « du gouvernement et de la constitution britannique,* chap. 14.)

Voilà pourquoi j'ai cru qu'il n'était pas inopportun de rappeler les titres d'un ouvrage qui, sans être très-volumineux, est parvenu à accorder une égale satisfaction à l'intérêt scientifique et à l'intérêt d'application. Écrit d'un style sobre, mais élégant, exempt de toute ambition oratoire, de toute ornementation, il n'éparpille pas l'attention, il la concentre sur les principales lignes de chaque sujet; il ne dispense pas de la réflexion, il la provoque; il apprend au lecteur à penser.

Si j'étais en quête d'une argumentation toute faite pour défendre une thèse, ce n'est pas cet ouvrage qui aurait mes préférences. Mais pour quiconque veut s'accoutumer à se contenter de saines et fécondes inspirations, de notions sûres, de points de départ ou de comparaison bien établis, je considère que le Cours de Code Napoléon de Zachariæ est un de ceux qu'on ne se borne pas à consulter, mais qu'on peut lire et toujours relire avec profit.

La vérité m'oblige à confesser qu'une série de monographies riches d'observations judicieuses, dues à une même plume ou à des plumes diverses, que des traités pleins d'ampleur, et que d'éloquents commentaires ne suppléeraient pas un bon Cours. •

L'enseignement a des conditions propres, et c'est au point de vue de ces conditions que je me suis placé pour dire d'un livre, qui sous d'autres rapports a pu être égalé sinon dépassé, tout le bien que j'en ai toujours pensé comme professeur [1].

A. BERTAULD.

[1] Je n'ai pas parlé d'une autre traduction de l'œuvre de Zachariæ : je ne puis que me référer à l'appréciation si imposante d'autorité qui en a été faite dans cette *Revue* même (t. X, p. 277-288), et je m'approprie la pensée du savant auteur : « *Il y a place dans la faveur publique pour un double succès.* » A. B.

Digitized by Google

APERÇU DU RÉGIME DES EAUX NON NAVIGABLES,

SUIVI D'UN EXAMEN DU PROJET DE LOI SUR LES ASSOCIATIONS SYNDICALES.

Par M. Henri HARDOUIN,
docteur en droit, président du tribunal civil de Béthune.

Compte rendu
par M. T. DES FARGES, ancien avocat à la Cour de cassation.

L'honorable président du tribunal civil de Béthune, M. H. Hardouin, ancien avocat distingué du barreau de la Cour de cassation, vient de faire paraître une étude aussi consciencieuse qu'intéressante sur le régime des eaux non navigables. Un projet de loi sur les associations syndicales est soumis en ce moment aux délibérations du Corps législatif, et sera certainement discuté dans cette session. Cette publication ne pouvait donc paraître dans un moment plus opportun.

La première partie renferme un aperçu substantiel et complet de la législation et de la jurisprudence toute spéciale auxquelles se réfère le projet de loi sur les associations syndicales.

Elle est suivie d'observations sur ce projet.

Puis viennent un résumé et, en appendice, le texte de l'exposé des motifs, des articles de la loi nouvelle et du décret du 11 février 1863, relatif à la Bresle.

M. Hardouin, avec cette intelligence des affaires qui le caractérise, plaide vivement la cause des libertés et franchises des syndicats, dont il est le chaud partisan. Nous dirons franchement que nous ne saurions avoir comme lui la même confiance dans les syndicats; nous doutons que ces sortes d'associations aient jamais une influence féconde et décisive sur un bon régime des cours d'eau non navigables, et qu'on puisse caresser l'espoir, malgré toutes les améliorations qu'on pourra apporter à la législation défectueuse qui les régit actuellement, de voir naître beaucoup d'entreprises de ce genre.

C'est à d'autres moyens qu'il faut avoir recours pour obtenir de bons résultats.

Comme la question en vaut la peine et est actuellement pen-

Digitized by Google

dante, nous demandons la permission d'en dire quelques mots.

Tout le monde connaît ce proverbe chinois qui dit que l'eau est un bon serviteur, mais un mauvais maître, ce qui signifie que l'eau bien dirigée peut produire beaucoup de bien, et que mal dirigée elle produit beaucoup de mal. Si une bonne viabilité est la première condition de la prospérité d'un pays, si, comme le disait avec grande raison M. Béhic, elle est l'instrument principal de la production économique et de la prospérité générale, la bonne direction des eaux en est la seconde, et l'on peut même ajouter que ces deux conditions sont tellement liées l'une à l'autre qu'elles ne forment qu'une seule et même chose.

D'un autre côté, la bonne direction des eaux exige, comme la bonne viabilité, des vues d'ensemble, de l'esprit de suite et des ressources permanentes.

C'est ce qu'on n'obtiendra pas, dans les trois quarts des cas, avec les associations syndicales. Nous en trouvons la preuve dans le petit nombre de celles qui se sont formées jusqu'à présent, malgré l'utilité et la nécessité qui existent partout du bon écoulement des eaux, et dans l'incurie qui règne parmi presque toutes. A l'exception des départements traversés par des torrents dont les ravages sont toujours menaçants ou par des cours d'eau qui submergent trop fréquemment la plaine, les syndicats sont restés à peu près inactifs ou les tentatives faites pour en former ont échoué.

Partout où le danger n'est pas sans cesse à craindre, lorsqu'il ne s'agit que d'assainir ou bien de favoriser le drainage, qui ne peut produire tous ses effets utiles qu'autant que les cours d'eau, évacuateurs naturels des terrains drainés, sont en bon état, la défiance habituelle du paysan, toutes les fois surtout qu'il est question de donner de l'argent, l'éloigne de toute entreprise dont il n'aperçoit pas le profit direct immédiat et qu'il suppose devoir toujours être plus utile à son voisin qu'à lui-même. Si quelques propriétaires importants cherchent à obtenir le concours des intéressés, la majorité de ceux-ci bougera d'autant moins qu'elle ne manquera pas d'espérer que les choses seront faites aux frais seuls de ces mêmes propriétaires. Il ne faut pas se le dissimuler, nous en sommes encore là, et quiconque pratique les campagnes le sait.

L'exécution des chemins vicinaux est d'ailleurs un exemple

Digitized by Google

frappant de cet esprit d'inertie qui règne en France toutes les fois que les améliorations d'une utilité générale sont confiées à la seule initiative des particuliers. La loi de 1824 permettait seulement de faire; aussi est-elle restée à peu près à l'état de lettre morte. Ce n'est qu'avec la loi de 1836 qu'on a pu marcher, parce qu'elle obligeait à faire et qu'elle a créé les ressources. Cependant quelles peines n'a-t-on pas eues au début et même longtemps après, malgré la sollicitude apportée à cette œuvre par l'administration, les ingénieurs et les conseils généraux, à qui on ne saurait trop rendre justice! Encore aujourd'hui ne voyons-nous pas, au milieu de départements avancés et malgré les bienfaits éclatants d'une bonne viabilité, combien certaines localités apportent peu de bon vouloir à la confection ou à l'amélioration des chemins.

C'est donc se bercer de pures illusions de supposer que les associations syndicales remédieront au mal. Selon nous, le véritable remède consiste à soumettre tous les cours d'eau non navigables, de même que les ruisseaux ou rus, au régime des chemins vicinaux.

Et rien n'est plus facile.

Il suffit de les assimiler aux voies de terre et de copier les dispositions de la loi de 1836, en en modifiant ou supprimant quelques-unes seulement. On imposerait des centimes spéciaux, comme pour les chemins vicinaux, et, sans même atteindre le maximum on trouverait ainsi des ressources grandement suffisantes pour entretenir les cours d'eau non navigables, qui n'exigeront jamais, une fois en état, autant de dépenses pour leur entretien que les voies de terre, ni un personnel aussi nombreux.

Ils seraient divisés en cours d'eau départementaux, de grande communication et vicinaux. Nous le répétons, il suffirait de copier, sauf quelques modifications, la loi de 1836 article par article et de l'appliquer aux cours d'eau.

Il ne faut pas objecter que ce serait imposer de nouvelles charges aux communes, faire payer les unes au seul profit des autres et mettre obstacle à l'initiative individuelle au lieu de la favoriser.

Il n'est personne au courant des véritables besoins des campagnes, qui ne comprenne l'extrême utilité d'un bon régime des eaux et de la somme des avantages qui en résulte

Digitized by Google

comparativement aux charges. Ce serait là un impôt productif dans toute la force du terme.

Le profit pourrait être plus grand pour les uns que pour les autres, cela est vrai. Mais il en est exactement de même pour les chemins qui ne profitent pas à tous les habitants dans une égale mesure. Puis l'égalité absolue n'est-elle pas la chimère des chimères? Et n'y a-t-il pas d'ailleurs une solidarité telle, on l'a dit avec raison, entre tous les membres de la famille communale, que la prospérité des uns tourne au profit des autres, et qu'elle met la commune à même d'entreprendre des améliorations dans lesquelles chacun finit par trouver son compte? Les chemins vicinaux en sont une preuve éclatante.

L'application de la loi de 1836 aux cours d'eau appartiendrait aux conseils municipaux et au conseil général comme pour les chemins. Le danger de supprimer l'initiative individuelle n'existerait donc pas, car les conseils municipaux seraient de véritables syndicats, avec cette grande différence, que recevant une impulsion qui viendrait réveiller l'inertie actuelle, on agirait avec plus d'ensemble.

Le projet de loi actuel ne nous paraît donc pas devoir produire des résultats bien féconds.

Quoi qu'il en soit, et jusqu'à ce que l'idée d'assimiler les cours d'eau aux voies de terre ait fait son chemin, on ne peut que l'approuver puisqu'il tend à coordonner, compléter et améliorer la législation défectueuse qui régit actuellement la matière.

L'ouvrage de M. Hardouin est un excellent guide pour se mettre promptement au courant des différentes questions que soulève ce projet et pour les apprécier.

Nous ne terminerons pas sans louer l'honorable magistrat de consacrer ses veilles laborieuses à des travaux qui attestent, avec l'expérience et la pratique des affaires, la science du jurisconsulte.

T. DES FARGES.

Digitized by Google

TRAITÉS DES ÉDIFICES PUBLICS, — DES VENTES DOMANIALES — ET DES PARTAGES DE BIENS COMMUNAUX;

Par M. Ducrocq, professeur à la Faculté de droit de Poitiers.

Compte rendu par M. L. M. de Valroger, docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Dans son *Précis de droit administratif*, arrivé promptement à une seconde édition, M. Ducrocq avait montré un rare talent pour condenser les éléments d'une science et rassembler dans un cadre resserré les traits essentiels d'un vaste sujet. Voici maintenant un volume de traités où se déploie un mérite d'un autre ordre. Quelques points spéciaux du droit administratif y sont étudiés sous toutes leurs faces avec une ampleur de développements, une fécondité d'aperçus qui ne laisse rien dans l'obscurité. De ces dissertations, l'une avait été publiée dans cette *Revue* même; les deux autres dans la *Revue pratique* et la *Revue historique du droit*. L'usage s'est établi chez nos littérateurs de réunir de temps en temps en un volume les articles qu'ils ont disséminés dans des publications périodiques. M. Ducrocq a transporté d'une manière heureuse cet usage dans la sphère du droit. On va voir d'ailleurs qu'un lien réel existe entre ces divers travaux, tous relatifs à la matière domaniale.

Le premier traité que nous rencontrons est consacré au *classement des édifices affectés à un service public, national, départemental ou communal.* Sous cette question de classement s'agite une difficulté du plus haut intérêt : les hôtels des ministères, les hôtels de préfecture, les hôtels de ville, pour nous contenter de ces exemples, appartiennent-ils au domaine privé de l'État, du département, de la commune, ou bien à leur domaine public? Il s'agit de savoir si ce sont des biens aliénables, prescriptibles, ou s'ils font partie de ce domaine supérieur qui ne peut être ni aliéné ni prescrit en aucune de ses parties, tant que dans sa destination M. Ducrocq les range dans la seconde classe. Je ne ne m'étendrai pas sur ce premier traité parce que j'apprends qu'il sera prochainement, dans cette *Revue* même, l'objet d'une étude approfondie de la part d'un savant collègue de M. Ducrocq qui soutiendra l'opinion contraire.

Vient ensuite un *Traité des ventes domaniales avant et depuis la loi du 1er juin* 1864. Nos lecteurs connaissent cette œuvre de longue haleine. Un principe de notre ancienne monarchie

Digitized by Google

avait déclaré le domaine de l'État ou, comme on disait alors, le *domaine du roi*, inaliénable. L'Assemblée constituante posa le principe contraire de son aliénabilité, mais en proclamant la nécessité d'une loi pour opérer toute vente domaniale. De quelle manière le principe nouveau fut-il appliqué? Nous trouvons une série de lois qui délèguent au pouvoir exécutif le droit de procéder à la vente de diverses classes de biens domaniaux. On a conclu de ces délégations répétées que le pouvoir législatif s'était démis, d'une manière permanente, aux mains du gouvernement, du droit d'ordonner les ventes de biens domaniaux qui seraient jugées nécessaires. Telle a été la pratique suivie invariablement : le gouvernement a toujours procédé, sans recours au pouvoir législatif, à la vente des biens domaniaux non réservés ni exceptés. Mais il s'est élevé quelques protestations dans la doctrine. M. Dufour, M. Dalloz ont soutenu qu'on donnait trop de portée à des délégations spéciales, si répétées qu'elles fussent, en en concluant une abdication générale du pouvoir législatif au profit du pouvoir exécutif. Ils ont relevé l'article 35 et la loi du 22 août 1815 qui a de nouveau déclaré formellement qu'aucun domaine ne pouvait être aliéné ni échangé qu'en vertu d'une loi.

Tel était l'état des faits et des idées lorsque fut soumis au Corps législatif, dans sa session de 1864, un projet de loi qui, en ouvrant au ministre de la guerre un crédit de 2 millions pour certaines acquisitions, disposait qu'il serait pourvu à cette dépense au moyen des ressources que devait procurer l'aliénation de divers terrains désignés dans un état annexé au projet. Le gouvernement n'avait pas demandé l'autorisation d'effectuer ces aliénations, parce qu'il se considérait comme investi du droit d'y procéder. La commission chargée de l'examen du projet partit au contraire de l'idée que le gouvernement ne pouvait vendre des biens domaniaux sans une autorisation législative spéciale; elle proposa un amendement ayant pour but de donner dans l'espèce cette autorisation. Le Conseil d'État ayant refusé d'adopter l'amendement, l'article du projet fut rejeté par le Corps législatif et se trouva ainsi renvoyé à la commission. Sur la proposition du gouvernement, il fut remplacé par un article nouveau qui a fixé pour l'avenir la règle à suivre pour les ventes domaniales. Il a été décrété que les immeubles d'une valeur supérieure à un million ne pourraient être aliénés qu'en vertu d'une loi, mais que les biens de moindre valeur *continueraient* à être vendus dans les formes suivies jusque-là. La pensée de cette loi a été évidemment de terminer la controverse que nous avons signalée, en restrei-

Digitized by Google

gnant la délégation législative plus générale dont le gouvernement s'était cru investi. La pratique antérieure n'aurait pu être condamnée, même implicitement, sans mettre en péril les ventes innombrables faites depuis le commencement du siècle. Le gouvernement, en proposant la rédaction définitive, eut pour but de concilier les droits fondés dans le passé avec l'intérêt que le Corps législatif voulait sauvegarder pour l'avenir.

M. Ducrocq, après avoir fait ressortir d'une manière lumineuse que telle est la vraie signification, la vraie portée de cette loi, a examiné avec détail toutes les difficultés auxquelles peut donner lieu son application. — Mais la loi de 1864 s'est elle-même déclarée inapplicable aux biens domaniaux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales. Quels sont ces biens, et par quelles règles sont-ils régis? M. Ducrocq a rassemblé et éclairci tous les textes qui touchent à cette double question.

Il a rencontré sur son chemin une difficulté d'une haute gravité. Les forêts ne forment-elles pas une propriété à part? Le décret du 6 août 1790 excepta les grandes masses de bois de l'aliénation des biens nationaux. On a entendu ce décret en ce sens que les forêts de l'État étaient déclarées inaliénables. Or l'inaliénabilité implique l'imprescriptibilité. — Le Code Napoléon ne dérogea-t-il pas sous ce rapport, par son article 2227, à la loi de 1790? Cette question a été vivement controversée. La négative a prévalu dans la jurisprudence. — Mais postérieurement au Code a paru une loi qui a donné à la question une face nouvelle : c'est la loi de finances du 25 mars 1817, qui transporta à la caisse d'amortissement la propriété des bois de l'État, en ajoutant que la caisse d'amortissement ne pourrait les aliéner qu'en vertu d'une loi. La Cour de cassation a jugé que les forêts de l'État étaient devenues de ce moment aliénables et prescriptibles. — J'ai peine à admettre la portée qu'on a donnée à la loi de 1790. En décrétant l'aliénation des domaines nationaux et déléguant au pouvoir exécutif la faculté d'y procéder, l'Assemblée constituante excepta les forêts de l'État. Que fit-elle autre chose que de mettre cette classe de biens en dehors de la délégation donnée au pouvoir exécutif? L'intervention d'une loi resta nécessaire pour chaque aliénation de forêts. N'est-ce pas tout autre chose qu'une inaliénabilité emportant imprescriptibilité? Ce qui est vrai pour le temps postérieur à la loi de 1817 me semble aussi vrai pour le temps écoulé depuis 1790 jusqu'à cette loi. Je ne veux pas insister sur cette question transitoire, dont l'intérêt diminue à mesure que le

Digitized by Google

siècle s'avance. J'aime mieux finir sur ce point en signalant les considérations politiques, industrielles, agricoles, hygiéniques, atmosphériques, que M. Ducrocq a développées pour demander que cette réserve précieuse de l'État ne soit atteinte qu'avec la plus grande discrétion. Ces considérations ont, en ce moment même, tout leur à-propos.

J'arrive au troisième traité de M. Ducrocq, consacré au partage des biens communaux.

Colbert s'était efforcé de prévenir l'appauvrissement des communautés d'habitants en déclarant leurs biens inaliénables. Au siècle suivant, on se préoccupa de tirer meilleur parti des biens communaux, et dans ce but quelques partages furent autorisés. La Convention fit de ce partage ordonné d'une manière générale un moyen de créer une nouvelle classe de propriétaires et d'attacher les populations rurales à la Révolution. Une réaction ne tarda pas à se produire contre cette mesure ultradémocratique : l'interdiction du partage est restée depuis lors inscrite dans la législation. Mais des économistes ont remis la question sur le tapis, et l'opinion favorable au partage a trouvé de l'écho dans nos assemblées délibérantes. Quand fut discutée la loi du 28 juillet 1860 sur la mise en valeur des biens des communes, la commission proposa de rendre le partage facultatif lorsqu'il n'y aurait pas de meilleur moyen de mise en valeur. Cet amendement n'obtint point l'agrément du Conseil d'État. Mais le gouvernement n'a pas refusé de mettre la question à l'étude. M. Ducrocq s'unit au vœu que la commission avait exprimé. Il n'approuverait pas un partage gratuit; mais il voudrait qu'un partage à titre onéreux fût rendu possible quand la communauté le demandera et que l'intérêt public paraîtra à l'administration être conforme à son désir.

Des partages d'un autre genre intéressent les communes : ce sont les partages de biens indivis entre diverses communes ou entre différentes sections d'une même commune. Ici la faculté du partage n'est plus contestable. Mais de tels partages comportent-ils l'application des règles du droit civil? M. Ducrocq ne le croit pas, quoique cette idée ait été émise par un auteur dont les opinions, en cette matière surtout, sont d'un grand poids, M. Aucoc. Il y a là, selon M. Ducrocq, un acte exclusivement administratif, sauf pour le jugement des questions de propriété. Voilà ce qu'il s'attache à prouver par le principe général de la séparation des pouvoirs et par divers textes de la législation. Il montre à quels embarras, à quelles impossibilités conduit l'opinion contraire.

Digitized by Google

L'espace nous manque pour analyser cette discussion vigoureuse, pressante, victorieuse.

Ces divers traités de M. Ducrocq se distinguent par la profonde connaissance de tous les textes qui peuvent éclairer le sujet, par l'habileté à les mettre en usage, par la souplesse et la solidité de l'argumentation. Aux raisons de droit propres à déterminer la conviction du jurisconsulte, M. Ducrocq mêle à propos les considérations économiques propres à frapper l'esprit du publiciste. Personne ne comprend mieux que lui la relation intime qui existe entre l'économie politique et le droit, surtout le droit administratif. Il sait même passer à l'occasion de l'enseignement d'une de ces sciences à l'enseignement de l'autre. Au mois de février dernier, le professeur de Poitiers se transportait à Angoulême pour y donner une de ces conférences dont l'usage tout récent a été accueilli avec tant de faveur. M. Ducrocq avait choisi un sujet obscurci par bien des préjugés, l'office et le rôle de la monnaie. Cette leçon[1] résume les saines idées de la science avec autant de concision que de lucidité. L'étude économique du sujet y est complétée par une exposition du service monétaire auquel préside la commission des monnaies, travail plein d'intérêt et de nouveauté. Cette législation compliquée n'avait encore été l'objet d'aucune exposition d'ensemble.

De telles leçons font honneur à la Faculté à laquelle appartient M. Ducrocq. C'est celle où enseigna jadis Boncenne, dont M. Bourbeau continue l'œuvre avec tant de savoir et de haute raison. M. Bourbeau peut, à son tour, se promettre un digne continuateur de son nom, si l'auteur d'une excellente monographie que j'ai sous les yeux[2] est son fils, comme je le suppose. M. Ducrocq lui-même est lié à M. Bourbeau par des rapports d'étroite alliance. Voilà une famille qui est destinée à marquer d'une manière exceptionnelle dans la science du droit.

L. M. DE VALROGER.

[1] *De la monnaie*. chez Cotillon.

[2] *Théorie des risques et périls dans les obligations en droit romain et en droit français*, par M. Bourbeau, avocat à la Cour de Poitiers, docteur en droit. Paris, Cotillon, 1865.

Digitized by Google

TABLE DES PRINCIPAUX ARTICLES

PAR ORDRE DE MATIÈRES.

DROIT CIVIL.

Pages.

Examen de la jurisprudence (récents arrêts sur les substitutions prohibées), par *M. Bertauld*. 97

— (nullité des contrats de mariage), par *M. Bertauld*. 289

— (de la preuve des transactions), par *MM. Pont* et *Latreille*. 193

Des Français par naissance, par *M. Coin-Delisle*. 214

Suite. 295

De la séparation des patrimoines, par *M. Dollinger*. 108

Étude sur le droit de succession; saisine; indignité; par *M. Hureaux*. 518

De l'effet attributif du jugement de validité en matière de saisie-arrêt, par *M. Ancelot*. 412

Des dommages-intérêts demandés par le saisi au point de vue du premier ou dernier ressort, par *M. Alb. Desjardins*. 444

L'article 1408 du Code Napoléon est-il applicable à un acte qui n'a pas fait cesser l'indivision? par *M. des Glajeux*. 460

DROIT COMMERCIAL.

Examen de la jurisprudence (sociétés anonymes étrangères; — société, dividende, prélèvement d'intérêts; — responsabilité des membres des conseils de surveillance et des commissaires), par *M. Rataud*. 1

— (faillite, compensation, cession de créance), par *M. Genreau*. 385

DROIT CRIMINEL.

Sens des mots *nature de la marchandise* dans l'article 423 du Code pénal, par *M. Beautemps-Beaupré*. 332

Du projet de loi sur la mise en liberté provisoire, par *M. Picot*. . . . 344

Digitized by Google

Pages.

Du cumul des peines applicables aux contraventions de presse, par *M. Vente*. 495
De l'état des personnes soumises à la surveillance de la haute police, par *MM. Fanet* et *Bonneville de Marsangy*. 468

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Examen de la jurisprudence administrative (communes, action en justice; nécessité de l'autorisation du conseil municipal), par *M. Reverchon*. 481
Des ventes domaniales; loi des 14 mai-1er juin 1864, par *M. Ducrocq*. 11
Suite. 133
Suite. 233
Du payement des dettes des communes, par *M. Serrigny*. 126
Statistique des établissements pénitentiaires, par *MM. Ch. Lucas* et *Hello*. 167

DROIT ÉTRANGER.

Du droit musulman algérien, par *M. Frégier*. 544

HISTOIRE.

Notice historique sur la vie et les travaux de M. de Savigny, par *M. Mignet*. 49
L'homme aux quarante écus et les physiocrates, par *M. Batbie*. . . 28

Bibliographie.

Comptes rendus d'ouvrages de *MM. Aubry* et *Rau*; par *MM. Bertauld*. 555
Bertauld; *Coin-Delisle*. 186
Burnier; *L. M. de Valroger*. 191
Demangeat; *Boissonnade*. 272
Ducrocq; *L. M. de Valroger*. 564
Bardouin; *des Farges*. 560
Lenoel; *Bertauld*. 375
Serrigny; *L. de Valroger*. 92
Am. Thierry; *Bertauld*. 86
Verdier; *Gide*. 366
Vernet; *Caillemer*. 78

Nécrologie.

M. le président Nicias Gaillard, par *M. Girard de Vasson*. 382
— par *M. L. de Valroger*. 477

Digitized by Google

TABLE DES NOMS DES AUTEURS

DES PRINCIPAUX ARTICLES.

MM.		Pages.
ANCELOT	De l'effet attributif du jugement de validité en matière de saisie-arrêt	412
BATBIE	L'homme aux quarante écus et les physiocrates	28
BERTAULD	Examen de la jurisprudence en matière civile	97
—	*Idem*	289
—	Tableau de l'empire romain, par *M. Am. Thierry;* compte rendu	86
—	Des sciences politiques et administratives, par *M. Lenoel*; compte rendu	375
—	Cours de droit civil français de Zachariæ, par *MM. Aubry* et *Rau;* compte rendu	556
BEAUTEMPS-BEAUPRÉ	Sens des mots *nature de la marchandise* dans l'art. 423 du Code pénal	332
BOISSONNADE	Cours élémentaire de droit romain, par *M. Demangeat;* compte rendu	272
BONNEVILLE DE MARSANGY	De l'état des individus soumis à la surveillance de la haute police	474
CAILLEMER	Théorie des obligations en droit romain, par *M. Vernet;* compte rendu	78
COIN-DELISLE	Des Français par naissance	214
—	Suite	295
—	De la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées, par *M. Bertauld;* compte rendu	186
DESGLAJEUX	L'article 1408 du Code Napoléon est-il applicable à un acte qui n'a pas fait cesser l'indivision?	460
ALB. DESJARDINS	Des dommages-intérêts demandés par le saisi au point de vue du premier ou dernier ressort	444
DOLLINGER	De la séparation des patrimoines	108

Digitized by Google

MM.		Pages.
Ducrocq.	Des ventes domaniales.	11
—	Suite.	133
—	Suite et fin.	233
Fanet	De l'état des individus soumis à la surveillance de la haute police.	468
Des Farges	Régime des eaux non navigables, par *M. Hardouin;* compte rendu.	560
Frégier	Droit musulman algérien.	444
Genreau.	Examen de la jurisprudence commerciale.	385
Gide.	Explication de la loi du 23 mars 1855, par *M. Verdier*; compte rendu.	366
Hureaux.	Étude sur le droit de succession.	518
Latreille.	De la preuve des transactions.	193
Ch. Lucas	Statistique des établissements pénitentiaires.	167
Mignet.	Notice historique sur la vie et les travaux de M. de Savigny.	49
Picot.	Du projet de loi sur la mise en liberté provisoire.	344
Pont	De la preuve des transactions.	201
Rataud.	Examen de la jurisprudence commerciale.	1
Reverchon.	Examen de la jurisprudence administrative.	481
Serrigny.	Du payement des dettes des communes. . .	126
L. de Valroger.	Droit public et administratif romain, par *M. Serrigny;* compte rendu.	92
—	M. le président Nicias Gaillard.	477
L. M. de Valroger. . .	Histoire du sénat de Savoie, par *M. Burnier;* compte rendu.	191
—	Traités de droit administratif, par *M. Ducrocq;* compte rendu.	564
Vente.	Du cumul des peines applicables aux contraventions de presse.	495

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cᵉ 26, rue Racine

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google